

Rechtsökonomik als Rechtsanwendungsmethode

Die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze durch die positive
Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades

Doctor iuris

(Dr. iur.)

eingereicht an der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Humboldt-Universität zu Berlin

von Feng Hu

Präsidentin/Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Sabine Kunst

Dekanin/Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Prof. Dr. Martin Heger

Gutachter: 1. Prof. Dr. Gerhard Wagner
 2. Prof. Dr. Lars Klöhn

Tag der mündlichen Prüfung 28.05.2018

Zusammenfassung

Die bisherigen Heranziehungsmodelle der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung geht vor allem davon aus, dass die Effizienz als Rechtsprinzip in bestimmten Rechtsordnungen inbegriffen ist. Dies schränkt aber die Rolle der Rechtsökonomik für die Rechtsanwendung ein. Da der Rechtsanwender in Deutschland sowohl am geltenden Recht als auch an wissenschaftlichen Gesetzen binden soll, kann die Rechtsökonomik als die im Sinne vom kritischen Rationalismus genannte Wissenschaft zur Erklärung menschlichen Verhaltens unter Berücksichtigung der gegebenen Rechtszuordnungen bezeichnet werden. Daraus ergibt sich, dass die aus der wissenschaftlichen Rechtsökonomik abgeleitete Gesetzmäßigkeit dem Rechtsanwender nachkommen soll, sodass die Rechtsökonomik als Rechtsanwendungsmethode unbeschränkt bei der Rechtsanwendung verwertet werden kann. Bei der Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze bei der Rechtsanwendung ist das Werturteil unvermeidlich, mithilfe des vom kritischen Rationalismus vertretenen Brückenprinzips und Komparativismus kann die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung durch die positive Wissenschaft und Rechtsökonomik gelöst werden. Die konkrete Methode zur Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze ist es, dass durch die positive Rechtsökonomik diese rechtsdogmatische Lehre auszuwählen ist, die im Vergleich mit anderen konkurrierenden Lehren das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt und somit die faktische Geltung der entsprechenden rechtlichen Regelung unter dem gegebenen Umstand am höchsten verwirklicht.

Summary

The previous application models of economics of law in the judicial application assume that efficiency as a legal principle is included in the jurisdiction. However, this limits the role of economics of law in the judicial application. As the legal practitioner in Germany shall obey applicable laws and scientific laws, economics of law can be recognized as a real science in the sense of critical rationalism, explaining the human behavior under the condition of the given legal order. It follows that the regularity derived from the scientific economics of law shall be complied with by the legal practitioner, so that the economics of law can be indefinitely used in the judicial application. By selecting the concrete legal dogmatic doctrines in the judicial application, the value judgement is inevitable. With the help of bridge principle and comparativism of the critical rationalism, the value judgement problem can be resolved through the positive science and the positive economics of law. The concrete method of selecting legal dogmatic doctrines is that the legal dogmatic doctrine, which represents the restrictive minimum of the transaction costs and thus realizes the de facto validity of the relevant legal provisions under the given circumstance in highest grade, shall be selected through the positive economics of law.

Kapitel 1 Die Einführung	1
I. Überblick	1
1. Der rechtsdogmatische Lehrsatz	1
2. Die rechtsökonomische Analyse	3
II. Forschungszustand: bisherige Heranziehungsmodelle der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung	6
1. Prinzipienmodell	6
2. Methodenmodell	9
3. Zwischenergebnis	11
III. Gang der Untersuchung	12
Kapitel 2 Die wissenschaftliche Ökonomik	15
I. Die Einleitung	15
II. Die Wissenschaftsanforderung im Lichte vom kritischen Rationalismus	15
1. Fehler der klassischen Erkenntnislehre	16
2. Die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus als Ausweg	17
III. Die Wissenschaftsanforderung der Ökonomik	24
1. Wie die wissenschaftliche ökonomische Erklärung läuft	24
2. Der Methodenstreit zwischen Friedman und Coase	27
IV. Die grundlegenden Annahmen der Ökonomik	30
1. Die Ressourcenknappheit	31
2. Der individuelle Egoismus	32

3. Die Rationalitätsannahme	38
V. Das ökonomische Gesetz	43
1. Einige Basisbegriffe.....	43
2. Das Gesetz der Nutzenmaximierung.....	51
3. Das Nachfragegesetz.....	55
4. Warum das ökonomische Basiswissen wichtig ist.....	60
Kapitel 3 Die Rechtsökonomik	64
I. Die Einleitung.....	64
II. Das intuitive Verstehen des Coase-Theorems.....	65
1. Die Erklärung des Coase-Theorems anhand der deutschen Katzenurteile..	65
2. Die Effizienz- und Invarianzthese des Coase-Theorems	72
III. Das vertiefende Verstehen des Coase-Theorems.....	77
1. Die Rechtszuordnung.....	78
2. Die Transaktionskosten.....	90
IV. Die Effizienzproblematik in Rechtsökonomik.....	106
1. Das Pareto-Effizienzkriterium	106
2. Das Kaldor-Hicks-Kriterium.....	112
3. Zwischenfazit.....	116
Kapitel 4 die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze durch die Rechtsökonomik	119
I. Die Einleitung.....	119
II. Das Werturteil bei der Rechtsanwendung mithilfe der Wissenschaft	120

1. Die Methodologie des kritischen Rationalismus.....	120
2. Die Anwendung der Methodologie des kritischen Rationalismus auf die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung.....	125
III. Rechtsdogmatik als Realwissenschaft	134
1. Einwände gegen die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft	134
2. Rechtfertigung der Rechtsdogmatik als Realwissenschaft.....	144
IV. Die Auswahlmethode.....	154
1. Transaktionskostenminimierung als Auswahlkriterium	155
2. Einige konkrete Methoden	159
Zusammenfassung der wichtigsten Thesen.....	177
Literaturverzeichnis	177

Kapitel 1 Die Einführung

I. Überblick

In Deutschland, wo die Rechtsdogmatik die Hauptströmung der Rechtswissenschaft ist, muss sich der Rechtsanwender bei der Rechtsanwendung am geltenden Recht binden. Aber das geltende Recht ist allgemein und abstrakt, zu seiner Anwendung beruft man sich auf den rechtsdogmatischen Satz,¹ durch den das geltende Recht ausgelegt wird; selbst wenn der Inhalt einer Rechtsnorm klar und eindeutig ist, ist diese Eindeutigkeit schon die Folge der Gesetzesauslegung, durch die ein weit anerkannter rechtsdogmatischer Satz für diese Rechtsnorm aufgewiesen wird. Daraus ergibt sich, dass die Rechtsanwendung in Deutschland stets durch die Hinnahme irgendwelches rechtsdogmatischen Satzes durchgeführt wird. Auf dieser Grundlage ist die Heranziehung der ökonomischen Analyse bei der Rechtsanwendung eigentlich die Auswahl des rechtsdogmatischen Lehrsatzes durch die ökonomische Analyse, Zweck ist es, dass der Rechtsanwender einen richtigen, zweckanpassenden rechtsdogmatischen Lehrsatz herausfinden kann, damit die rationale Rechtsanwendung verwirklicht wird. Es lohnt sich hier vor der Auseinandersetzung mit dem Thema dieser Arbeit, relevante Informationen über den rechtsdogmatischen Lehrsatz und die rechtsökonomische Analyse zu liefern.

1. Der rechtsdogmatische Lehrsatz

Zum Verstehen des rechtsdogmatischen Lehrsatzes ist vorher zu erörtern, was die Rechtsdogmatik ist. Der Begriff der Rechtsdogmatik ist allerdings umstritten und vielfältig,² sie kann zusammenfassend jeweils eine selbstverständige juristische Disziplin, eine spezielle juristische Arbeitsweise und die Folgen dieser Arbeitsweise darstellen. Als Disziplin setzt sie „das geltende Recht, also die Summe aus Rechtssätzen des Gesetzgebers und der Gerichte, in Prinzipien, Grundregeln und Lehrsätzen“ zusammen,³ ihre Arbeitsweise⁴ ist das systematische Denken und die Bindung

¹ Vgl. *Canaris*, FS Zentaro Kitagawa, 1992, S. 59, 63.

² Eine kurze Versammlung über den Begriff der Rechtsdogmatik von unterschiedlichen Juristen findet sich in: *Waldhoff*, in: Kirchhof (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, S. 17, 22–28. Außerdem ist zu beachten, dass die Rechtsdogmatik von einigen Rechtslehrern als Jurisprudenz genannt wird, wie von Franz Bydlinski (die Jurisprudenz im engen Sinne), Karl Larenz (die Jurisprudenz in Bezug auf die Rechtsanwendung), Niklas Luhmann (Jurisprudenz) und Ralf Dreier (Theorie in Jurisprudenz oder Jurisprudenz). Siehe: *Luhmann*, RuR 1974, S. 13; *Bydlinski*, JMR 1991, S. 8–19; *Larenz*, MdR 1991, S. 224; *Dreier*, RMI 1981, 1981, S. 48, 51.

³ *Stürner*, JZ 67 (2012), 10. Ähnliche Darstellungen finden sich auch in: *Rüthers/Fischer/Birk*, RT 2015, Rn. 311; *Bumke*, JZ 69 (2014), 641; *Larenz*, MdR 1991, S. 229.

⁴ Unter der Arbeitsweise der Rechtsdogmatik könnte man einfach die juristische Methodenlehre verstehen, dies ist aber von *Bumke* kritisiert, weil nach seiner Meinung die juristische Methode die Zielsetzung der Rechtsdogmatik, „den Rechtstoff zu durchdringen, präzise zu erfassen und systematisch zu ordnen“, nicht umfasst. Siehe in: *Bumke*, JZ 69 (2014), 641, 645. Auch *Hassemer* macht einen solchen Unterschied. „Für die Dogmatik ist ein bestimmtes Gesetz überlebenswichtig; denn dessen Inhalt systematisch zu bearbeiten, macht sich die Dogmatik ja zur Aufgabe. Der

am geltenden Recht, und ihre Folgen ist ein System von „rechtsdogmatischen Sätzen“,⁵ durch die das geltende Recht systematisch und widerspruchlos ausgelegt wird.

Der rechtsdogmatische Lehrsatz ist die von Juristen aufgestellte Lehre, die zur Erklärung und Anwendung des geltenden Rechts dient, er ist der Kandidat des verbindlichen dogmatischen Lehrsatzes; wenn er von den meisten Juristen befürwortet wird, dann spricht man in der Regel von der herrschenden Lehre (h.L. oder h.M.), z.B. bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Willenserklärung ist die Erklärungstheorie die herrschende Lehre und bei bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenschuldverhältnissen die Lehre der Doppelkondiktion, etc.; dagegen ist er als die mindere Lehre (m.L. oder m.M.) genannt, wenn er von den Minderjuristen gestützt wird, z.B. die Willenstheorie und die Lehre der Direktkondiktion. Die herrschende Lehre ist keineswegs stets der verbindliche rechtsdogmatische Lehrsatz, der bei der Rechtsanwendung befolgt und in Anspruch genommen ist; es kann sein, dass bei der Rechtsanwendung der Richter nicht für den herrschenden rechtsdogmatischen Lehrsatz spricht.

Zwei Merkmale des rechtsdogmatischen Satzes sind hier beachtlich: Praxisbezogenheit und Verbindlichkeitsanspruch. Durch die Praxisbezogenheit dieses Satzes⁶ ist darauf zu verweisen, dass sie ein Instrument zur Verbindung juristischer Theorie und Praxis und eine Überwindung der Kluft zwischen dem abstrakten Gesetz und dem konkreten Einzelfall darstellt.⁷ Die Geltungskraft des Gesetzes ist durch die Anwendung des bestimmten rechtsdogmatischen Satzes auf den bestimmten Rechtsfall zu verwirklichen, dieser Satz ist also „die praktisch benötigten konkreteren Rechtsregeln“⁸ und „will damit dem Praktiker, ... zu Hilfe kommen, die in konkreten Situationen Entscheidungen treffen müssen, die mit der Rechtsordnung im Einklang stehen“.⁹ Durch den Verbindlichkeitsanspruch des rechtsdogmatischen Satzes ist zu verweisen, dass ein Gültigkeitsanspruch auf ihn begründet werden muss.¹⁰ Dieser Anspruch ist nach der verbreiteten Meinung wieder von dem inhaltlichen Richtigkeitsanspruch vorausgesetzt, der erfordert, dass der rechtsdogmatische Satz nicht nur formell aus dem geltenden Recht abgeleitet wird, sondern auch mit den Rechtsideen

Methodenlehre hingegen ist, von Einzelheiten abgesehen, ein bestimmtes Gesetz nur von exemplarischem, didaktischem Wert“. Hassemer, in: Kirchhof (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3, 8.

⁵ Alexy, Argumentation, S. 314; Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/neue-beitraege/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>), Rn. 2 (geprüft am 2017/3/20).

⁶ Dieses Merkmal sieht man schon im ursprünglichen Begriff der Dogmatik. Der Begriff der Dogmatik kommt ursprünglich aus der Medizin, es gehe um die Aufhebung des Dualismus von allgemeiner Erkenntnis und individueller Praxis, daraus man könne „allgemeine, auf Erfahrung gestützte Sätze“ für medizinische Prognose bilden. Herberger, Dogmatik 1981, S. 10–14.

⁷ Vgl. Jestaedt, in: Kirchhof (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 117, 126.

⁸ Bydlinski, JMR 1991, S. 16.

⁹ Larenz, MdR 1991, S. 234.

¹⁰ Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, RT 2015, Rn. 315; Larenz, MdR 1991, S. 203.

und Rechtsprinzipien des Gesetzes vereinbar ist.¹¹ Folglich muss für die Verbindlichkeit des rechtsdogmatischen Satzes seine Richtigkeit begründet werden. Die Begründung der Richtigkeit eines dogmatischen Lehrsatzes ist aber nicht einfach. Selbst wenn er mit bestimmten Rechtsprinzipien vereinbar ist, dürfte er mit anderen Rechtsprinzipien im Widerspruch stehen, weil in der Rechtsordnung der Konflikt zwischen unterschiedlichen Rechtsprinzipien steht¹² und ein rechtsdogmatischer Lehrsatz nicht mit allen Rechtsprinzipien vereinbar sein kann. In der Realität gibt es oft mehr als zwei konkurrierende rechtsdogmatische Lehrsätze, die beiden sich aus dem geltenden Recht ableiten lassen und jeweils mit bestimmten Rechtsprinzipien vereinbar sind. Dann muss der Rechtsanwender entscheiden, welcher Lehrsatz auszuwählen ist.

2. Die rechtsökonomische Analyse

Die bisherige rechtsökonomische Analyse verwendet vor allem die Wohlfahrtsökonomik zur Analyse der rechtlichen Regelungen, diese Ökonomik beschäftigt sich mit der Erklärung des menschlichen Verhaltens nach dem Maßstab der ökonomischen Effizienz¹³ und mit der Frage, ob und wie die Knappressourcen vom Handelnden effizient oder ineffizient verwendet werden, die Effizienz stellt hier die Allokationseffizienz dar,¹⁴ sie stellt den Ressourcenallokationszustand dar, in dem die Knappressourcen nicht verschwendet sind und ihr ökonomische Maximalwert erreicht wird (Wohlfahrtsmaximierung),¹⁵ und der maximierte ökonomische Wert ist nach der allgemeinen Ansicht durch die Nutzen gemessen.¹⁶

Der Rechtsökonomik liegt der Gedanke zugrunde, dass die rechtlichen Regelungen das menschliche Verhalten regulieren und angesichts der Ökonomik als Restriktionen des menschlichen Verhaltens angesehen werden; unterschiedliche Rechtszuordnungen können unterschiedliche menschliche Handlungen herbeiführen, die nach

¹¹ Vgl. *Larenz*, MdR 1991, S. 240; *Bumke*, JZ 69 (2014), 641, 648. Der Richtigkeitsanspruch des rechtsdogmatischen Satzes ist von *Esser* zurückgewiesen, weil er dachte, dass die dogmatische Arbeit eine wertfreie Beschäftigung sei und dogmatische Formell unvermeidliche Wertungsprobleme hinwegtäusche, sodass die „dogmatisierte Systematik ... also keineswegs der Richtigkeitsgarant“ sei. *Esser*, Methodik, 1972, S. 3, 19–20. Man könnte erwarten, dass Esser auch den Richtigkeitsanspruch des rechtsdogmatischen Satzes erfordern würde, als er die Rechtsdogmatik für wertend halten würde. Dazu siehe: *Larenz*, MdR 1991, 226 f.

¹² Vgl. *Canaris*, SuS 1983, S. 115.

¹³ Dies dürfte darauf hinweisen, dass nur die Wohlfahrtsökonomik die Effizienz erfordert. Dazu etwa *Mathis*, EsG 2009, S. 47.

¹⁴ Vgl. *Cooter/Ulen*, L&E 2012, S. 13–14; Vgl. *Ott/Schäfer*, JZ 43 (1988), 213, 215.

¹⁵ Vgl. *Schäfer/Ott*, LöAZ 2012, Einleitung 1

¹⁶ Vgl. *Varian*, Mikroökonomik, S. 706–708; *Shavell*, FeaL 2004, S. 2–3; *Posner*, EaL 2007, S. 11–13.

dem Effizienzkriterium unterschiedlich beurteilt werden. Dieser Gedanke wurde zuerst durch die jeweiligen Aufsätze vom Ronald Coase¹⁷ und Guido Calabresi¹⁸ bekannt gemacht, verdiente sofort die verbreitete Zustimmung in den USA und dann eine neue Disziplin „Rechtsökonomik“ entstand. Ihr Ziel als die ökonomische Effizienz und die Kosten-Nutzen-Kalkül als Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind so klar, dass man nach der Steuerung dieser Methodik schnell die ihrer Logik entsprechende bestimmbare Lösung festsetzen kann. Die Rechtsökonomik ist weiter in empirische und normative Analyse eingeteilt. Bei der empirischen rechtsökonomischen Analyse handelt es sich um die Erklärung, welche Folgen bestimmte rechtliche Regelungen verursachen, ob bestimmte rechtliche Regelungen effizient sind;¹⁹ bei der normativen Analyse geht es um die Beurteilung, wie rechtliche Regelungen gestaltet werden sollen, um die ökonomische Effizienz bzw. die maximierte Sozialwohlfahrt zu fördern.²⁰

In den USA ist die ökonomische Analyse bei gerichtlichen Urteilen schon auf dem Vormarsch, dagegen begegnet sie in Deutschland vielen Zweifeln.²¹ Es stellt sich dann die Frage, warum die Rezeption der Rechtsökonomik in Deutschland den Einwänden unterliegt. Deutsche Rechtswissenschaftler möchten durch die rechtsvergleichende Forschung diese Ursache ermitteln. Sie untersuchen zuerst die Entwicklungsgeschichte der Rechtsökonomik in den USA und fassen ungefähr drei Elemente zusammen, die zum Erfolg der Rechtsökonomik in den USA beitragen:²² 1) das Fallrechtssystem in den USA. Beim Fallrechtssystem bestehe die Aufgabe des Richters vor allem darin, das vorher schon bestehende Präjudiz anzuwenden und ein neues zu entwickeln, das anzuwendende Recht sei also erst durch den Richter zu bestimmen.²³

¹⁷ Coase, J. Law Econ. 3 (1960), 1 ff.

¹⁸ Calabresi, Yale L. J. 70 (1961), 499 ff.

¹⁹ Vgl. Cooter/Ulen, L&E 2012, S. 3–4.

²⁰ Vgl. Shavell, FeaL 2004, S. 2–4; Cooter/Ulen, L&E 2012, S. 3; Schäfer/Ott, LöAZ 2012, XLIV; Posner, EaL 2007, S. 24.

²¹ Fezer, JZ 41 (1986), 817 ff.; Fezer, JZ 43 (1988), 223 ff. Fezers Kritiken bestehen in zwei Punkten: das Menschbild des ÖAR sei homo oeconomicus; die ÖAR vernachlässige die „Multifunktionalität des Rechtswesens“. Die erste kann man einfach zurückweisen, denn homo oeconomicus ist nur eine hypothetische Annahme, wenn sie bei wissenschaftlicher ökonomischer Erklärung in großem Umfang mit der Realität unvereinbar ist, kann man auf sie verzichten und eine Ersatzannahme suchen. Dazu siehe etwa: Eidenmüller, EaR 2015, S. 36–41. Die zweite besagt eigentlich, dass die ÖAR ggf. der Verteilungsgerechtigkeit widerspricht, dagegen wenden Ott und Schäfer ein, dass „das Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit – können vom theoretischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts aus nicht begründet, aber auch nicht in Frage gestellt oder widerlegt werden.“ Ott/Schäfer, JZ 43 (1988), 213, 215

²² Ihre Schlussfolgerungen basieren auf der grundlegenden Annahme, dass das Fallrechtssystem der USA effizient ist. Ob dies der Fall ist, kann hier offengeblieben sein. Meiner persönlichen Meinung nach dürften Sie die institutionellen und ideologischen Faktoren überschätzen, aber die wissenschaftliche Erklärungskraft der Rechtsökonomik unterschätzen, dies zeigt sich insbesondere im Bereich des Antitrustlaw. Eine interessante Darstellung der Geschichte der Rechtsökonomik kann man intuitiv die Rolle der Erklärungskraft der Rechtsökonomik für ihre Verbreitung in den USA wahrnehmen. Siehe in Kitch, J. Law Econ. 26 (1983), 163 ff.

²³ Vgl. Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 130–132; Eidenmüller, AcP 197 (1997), 80, 87–88.

Dies lässt den Richter in den USA zu, rechtspolitische Erwägungen in die Rechtsanwendung einzusetzen, was die Tür der Rechtsökonomik öffnen lässt. 2) der verbreitete Rechtsrealismus. Angesichts dessen könne das positive Gesetz nicht genügend die konkrete rechtliche Entscheidung determinieren, es hinterließen stets Freispielflächen für den Richter, andere außerhalb des Gesetzes liegende Faktoren einzusetzen; gerichtliche Urteile stellten daher eigene Wertungen des Richters dar.²⁴ So findet der Richter nicht fremd, richterliche Urteile auf die ökonomische Analyse einzustellen. 3) weniger Widerstand gegen den Utilitarismus. Da die auf die Wohlfahrtökonomik zurückgeführte Rechtsökonomik die Begriffe und die Grundgedanke „Nutzen“ und „Nutzenmaximierung“ aus dem Utilitarismus verwende, und menschliche Handlungen – wie den Utilitarismus – nach ihren gesamten Auswirkungen bewertet würden, werde sie kräftige Kritik erdulden, wenn sie sich in einer utilitarismusfeindlichen Umwelt befinde; weniger Widerstand mache daher die Verbreitung der Rechtsökonomik einfacher.²⁵

Im Gegensatz dazu gehört Deutschland zum kodifizierten Rechtssystem, und der Gesetzgeber entscheidet dafür, ob und wie weit das Effizienzziel durch Gesetzesänderungen oder rechtspolitische Erwägungen im gegenwärtigen Rechtssystem eingeführt wird.²⁶ Außerdem ist die Hauptströmung der deutschsprachigen Rechtswissenschaft die Rechtsdogmatik, nach ihren Anforderungen muss der Richter stets am geltenden Recht bindet, sodass sein Freiraum zur Auslegung erheblich eingeschränkt ist. Dies verhindert den Richter bei der Normeninterpretation, andere sozialwissenschaftliche Ansätze zu verwenden.²⁷ Alles führt dazu, dass die Handhabung der Rechtsökonomik bei Rechtsanwendung davon abhängt, dass vorher ökonomische Erwägungen oder Begründungen unmittelbar in Gesetzestexten oder mittelbar durch die die Gesetzestexte ausgelegten Gesetzentwürfen, Rechtsprechungen und verbindlichen Lehrsätzen sichtbar sind.²⁸ Daraus ist zu entnehmen, dass sich die Anwendung der Rechtsökonomik in Deutschland vor allem im Zivil- und Wirtschaftsrecht findet, wo der rechtliche Geschäftskreis eng mit dem Marktaustausch und der Marktregulierung verbunden und somit die ökonomische Effizienz als gewünschtes Ziel erkennbar ist.²⁹

²⁴ Vgl. *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513, 525–526; *Eidenmüller*, *AcP* 197 (1997), 80, 89–91.

²⁵ Vgl. *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513, 532–534, 560.

²⁶ Vgl. *Eidenmüller*, *EaR* 2015, S. 486.

²⁷ Vgl. *Kirchner*, *Int'l Rev. L. & Econ* 11 (1991), 277, 284 f.. Nach Kirchers Meinung ist nicht das Gesetzesrechtssystem, sondern das dogmatische Denken entscheidend für die Schwierigkeit der Rezeption der Rechtsökonomik in Deutschland.

²⁸ Vgl. *Schäfer*, *Allokationseffizienz* 1989, S. 1, 23; *Eidenmüller*, *AcP* 197 (1997), 80, 108, *Eidenmüller* betont auch, dass der Gesetzgeber „auch über die instrumentellen Mittel, den erzielten Kompromiß sachgerecht in die Praxis umzusetzen“, verfügt.

²⁹ Dazu gibt es zahlreiche Literaturen und Lehrbücher, z.B. *Horn*, *AcP* 176 (1976), 307 ff.; *Wehrt*, *KritV* 75 (1992), 358 ff.; *Schäfer/Ott*, *LöAZ* 2012.; *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie* 2011, etc.

II. Forschungszustand: bisherige Heranziehungsmodelle der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung

Angesichts der Verfechter der Rechtsökonomik liegt das hauptsächliche Problem der Heranziehung der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung darin, wie sie dabei rechtlich eingesetzt werden kann. Es bieten sich zurzeit zwei Modelle, das Prinzipienmodell und das Methodenmodell. Angesichts des Prinzipienmodells kann der ökonomische Ansatz bei der Rechtsanwendung dadurch eingesetzt werden, die ökonomische Effizienz als Rechtsprinzip in bestimmten Rechtsgebieten festzusetzen, dann muss der rechtsdogmatische Lehrsatz der ökonomischen Effizienz als Rechtsprinzip entsprechen; dabei handelt es sich um die normative ökonomische Analyse, also um die Festsetzung des die Allokationseffizienz verwirklichtenden rechtsdogmatischen Lehrsatzes. Angesichts des Methodenmodells kann der ökonomische Ansatz wie die juristische Auslegungsmethode bei Normeninterpretation durchgeführt werden, dabei handelt es sich um die positive ökonomische Analyse, also um die Folgenanalyse der unterschiedlichen dogmatischen Lehrsätze. Beide Modelle haben allerdings ihre unlösbaren Probleme.

1. Prinzipienmodell

Vorteil des Prinzipienmodells ist, dass durch es das Legalitätsproblem der Rechtsökonomik aufgelöst wird, weil die Erwägung der rechtsdogmatischen Lehrsätze in Bezug auf die ökonomische Effizienz dann als rechtlich gewertet wird, wenn die Effizienz als Rechtsprinzip im gegenwärtigen Rechtssystem eingesetzt worden ist. Das Prinzipienmodell ist wieder in zwei Varianten zu gliedern, also in Effizienz als Metaprinzip oder als ein Prinzip des Rechtssystems.

a) Effizienz als Metaprinzip des Rechtssystems

Die These „die Effizienz als Metaprinzip des Rechtssystems“ besagt, dass die Effizienz das endgültige Kriterium für die Beurteilung der rechtlichen Regelungen bzw. der rechtsdogmatischen Lehrsätze ist. Ein Rechtsgebiet ist sicherlich von vielen Rechtsprinzipien geprägt, z.B. im Zivilrecht gibt es solche Prinzipien wie Vertragsfreiheit, Selbstverantwortung, Vertrauensschutz, den Gebot von Treu und Glauben, etc., die Effizienz sei aber das Prinzip dieser sämtlichen Rechtsprinzipien. Dieser These liegt das evolutionstheoretische Argument³⁰ zugrunde, dass die Rechtsentwicklung auf eine Tendenz hinweise, dass endgültig das effiziente Gesetz vorbehalten werde und bei der Rechtsanwendung nur der effiziente rechtsdogmatische Lehrsatz die faktische Geltung besitzen könne.³¹ Die Effizienz sei daher den endgültigen Maßstab für die Auswahl des rechtsdogmatischen Lehrsatzes, und bei der Rechtsan-

³⁰ Vgl. Ott, Allokationseffizienz 1989, 25–40.

³¹ Vgl. ders., Allokationseffizienz 1989, S. 25, 33–38, wo Ott durch die Entwicklungsgeschichte der Lehre der culpa in contrahendo und der dogmatischen Lehre über Schadensersatz wegen entgangener Sachnutzung den Effizienztrend des Zivilrechts zeigte.

wendung solle derjenige dogmatische Lehrsatz gewählt werden, der mit der ökonomischen Effizienz im Einklang stehe. Selbst wenn beim konkreten Vorschriften „der Gesetzgeber solche Spielräume [den Effizienzgedanken] ausgeschlossen hat, ... kann aber eine Einbeziehung der ökonomischen Analyse in die Rechtsanwendung gerade ... nicht scheitern“,³² weil aus den semantischen Gründen diese Spielräume nicht völlig ausgeschlossen werden könnten, dies ermögliche die Auswahl des möglichst effizienten rechtsdogmatischen Lehrsatzes.

Diese These bringt mit sich den großen Vorteil, durch sie wird zunächst das Legalitätsproblem der Effizienzerwägung gelöst, weil die Effizienz als das Prinzip der sämtlichen Rechtsprinzipien gewertet wird und in allen Rechtsgebieten herangezogen werden kann. Jedoch ist fraglich, ob in Deutschland die Effizienz eigentlich als das Metaprinzip der Rechtsordnung gilt. Das ist also eine empirische Frage und muss durch empirische Untersuchungen bestätigt werden.³³ Gerade die Tatsache, dass sich das die Verteilungsgerechtigkeit implizierte Sozialdenken von vornherein und auch in Zukunft weiter im BGB befindet, und die Entwicklung, dass der Verbraucherschutz gegenüber dem Unternehmer in Zukunft im zivilrechtlichen Bereich weiter stärker gezogen ist, haben die Effizienz als Metaprinzip des Zivilrechts falsifiziert. Deswegen ist die Effizienz als Metaprinzip irrtümlich.

b) Effizienz als „ein“ Rechtsprinzip

Wenn man auf die Effizienz als Metarechtsprinzip verzichtet und sie als ein Rechtsprinzip in Kauf nimmt, dann ist der Anwendungsumfang der Rechtsökonomik vom Gesetzgeber begrenzt; sie darf vor allem im Zivil- und Wirtschaftsrecht angewendet werden. Selbst wenn man diesen begrenzten Anwendungsumfang akzeptiert, ist aber ein anderes Problem eingetreten, also das Problem der Erwägung zwischen Effizienz und anderen Rechtsprinzipien.

Es ist sachgerecht, dass in vielen Fällen die Effizienz mit anderen Rechtsprinzipien vereinbar ist. Beispielsweise machen viele offene Wertbegriffe wie „Unzumutbarkeit“, „das Gebot nach Treu und Glauben“ im Zivilrecht das Effizienzdenken bei Rechtsanwendung zulässig,³⁴ sodass die effiziente dogmatische Lehre vorrangig ist. Beispielsweise entsprechen die rechtlichen Regelungen beim Erwerb der beweglichen Sache vom Nichtberechtigten auch der Effizienzanforderung: Durch § 932 I BGB wird der rechtsgeschäftliche Erfolg ohne große Risikokosten des Erwerbers herbeigeführt, weil der gutgläubige Erwerber nicht mit großem Aufwand nachzuforschen braucht, ob der Veräußerer ihm diese Sache verschaffen kann, sodass die Transaktionskosten dieser Veräußerung verringert werden,³⁵ dabei ist die Verkehrssicherheit als Normzweck auch erreicht; durch § 935 I BGB wird der gutgläubige

³² Ders., Allokationseffizienz 1989, S. 25, 30.

³³ Vgl. Assmann, Allokationseffizienz 1989, S. 46, 48.

³⁴ Vgl. Eidenmüller, AcP 197 (1997), 80, 86.

³⁵ Vgl. Schäfer/Ott, LÖAZ 2012, 612 f.; Leuschner, AcP 205 (2005), 205, 230–232.

Erwerb von abhanden gekommenen Sachen verfehlt, dies verhindert den zu hohen Kontrollaufwand des Eigentümers, der möglicherweise das effiziente Niveau übersteigt und somit die Ressource nicht optimal nutzen lässt, folglich sind durch § 935 I die zu hohen Sorgfaltskosten des Eigentümers vermieden,³⁶ und gleichzeitig ist auch der Zweck des Eigentümerschutzes verwirklicht.

Allerdings finden sich in zivilrechtlicher Dogmatik andere offene Wertbegriffe, wie „Gebot eines billigen Interessenausgleichs“, „Umstände des Einzelfalls“, bei denen „Welche normativen Ziele verfolgt werden sollen, bleibt vielfach unklar“,³⁷ bei denen also die Zulässigkeit der Effizienzerwägung unklar ist. Dort ist jedenfalls die Bewertung aus der juristischen Sicht erforderlich, und die Effizienz ist auch nicht jedenfalls als vorrangig gewertet.³⁸ In der Tat ist die Bewertung zwischen Effizienz und anderen Rechtsprinzipien bereits durch die Normvorschriften selbst vorgenommen. Dies zeigt sich wieder in den Fällen des Erwerbs der beweglichen Sache von Nichtberechtigten: das Gesetz (§ 932 I 1 BGB) beseitigt vom Anfang an den bösgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten, was ggf. gegen die ökonomische Effizienz sprechen kann.³⁹ Aber das Gesetz ist nicht immer so klar, dass man aus seinem Wortlaut und durch den Alltagsverstand diese juristische Bewertung vornehmen und die Grenze zwischen Effizienz und anderen Normzwecken festlegen kann. Es ist gerade die Kernaufgabe der traditionellen juristischen Methodenlehren und Begründungslehren, die Grenze zwischen Rechtsprinzipien festzusetzen, damit die Optimierung der konkurrierenden Rechtsprinzipien erreicht und dann der angemessene rechtsdogmatische Lehrsatz als Lösungsmuster gefunden wird.

Durch die Einführung der Effizienz als eines Rechtsprinzips in bestimmten Rechtsgebieten unterliegt der Rechtsanwender jetzt einem unvermeidlichen Zirkel: Ein Motiv für die Heranziehung der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung besteht darin, dass die bisherigen Methodenlehren und Begründungslehren in vielen Fällen keine klare Lösungen anbieten, deshalb versucht man daneben, die Rechtsökonomik heranzuziehen, durch die die angemessene Rechtslösung herausgefunden werden

³⁶ Vgl. Schäfer/Ott, LÖAZ 2012, S. 612.

³⁷ Ott, Allokationseffizienz 1989, S. 25, 43.

³⁸ Vgl. Eidenmüller, EaR 2015, S. 469 wo er schreibt: „Diese Wertschätzung mag im Einzelfall mit der ökonomischen übereinstimmen. Nicht selten wird sie jedoch von ihr auch erheblich abweichen. ... Der Rang eines Rechtsgutes ist abhängig von der (rechts-)politischen Bedeutung, die es für die Gemeinschaft besitzt. Das juristische Konzept der Abwägung von Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen lässt sich also nicht auf einen Kosten/Nutzen-Kalkül reduzieren.“

³⁹ Nehmen wir an, dass nach einer Gesetzesänderung dem bösgläubigen Erwerber das Eigentumsrecht an beweglicher Sache von Nichtberechtigten rechtlich zukommen könnte. Durch diesen Erwerb bzw. durch dieses Geschäft könnte die Allokationseffizienz erreicht werden: Der alte Eigentümer hätte schon diese Gesetzesänderung gekannt und würde denken, dass er beim bösgläubigen Erwerb sowieso sein Eigentumsrecht verlieren würde, d.h. sein Kontrollaufwand als Kosten wären viel hoch, deshalb würde er vorher eine Versicherung dazu kaufen, um die Garantie seiner Interessen zu erhalten. Soweit die Rente aus bösgläubigem Erwerb höher als der Versicherungstarif wäre, wäre diese Gesetzesänderung effizient.

kann; um die Heranziehung der Rechtsökonomik zu verwirklichen, muss die Effizienz als ein Rechtsprinzip in bestimmten Rechtsgebieten legitim anerkannt sein; dann erleidet man das Problem, die Grenze zwischen Effizienz und anderen Rechtswerten festzusetzen, dazu muss man sich wieder an den vorherigen Methodenlehren und Begründungslehren wenden.⁴⁰ Sie sind allerdings in vielen Fällen nicht in der Lage, klare Lösungen über diese Grenze abzugeben; dies führt dazu, dass die Grenze der Anwendung der Rechtsökonomik in vielen Fällen stets unklar ist; ohne klare Grenze kann man gar nicht feststellen, ob und wie effizient der richtige dogmatische Lehrsatz sein soll. Folglich scheitert in diesen Fällen der Versuch, durch die normative ökonomische Analyse den angemessenen rechtsdogmatischen Lehrsatz auszuwählen.

2. Methodenmodell

Das Methodenmodell basiert auf dem positiven ökonomischen Ansatz, durch den zu erklären ist, welche unterschiedlichen Wirkungen die unterschiedlichen dogmatischen Lehrsätze herbeiführen. Dies leistet den Beitrag zur Rechtsanwendung, weil durch diesen positiven Ansatz der Zusammenhang zwischen dem ausgewählten Lehrsatz und dem durch sie erreichten Normzweck erhellt wird.⁴¹ Der Normzweck ist durch die traditionelle juristische Methodenlehre, insbesondere durch die teleologische Auslegung festzulegen. Der richtige rechtsdogmatische Lehrsatz erfordert, dass durch sie der festgestellte Normzweck erreichbar ist; ob dieses Erfordernis erfüllt ist, ist eine realwissenschaftliche Frage und daher kann durch die positive ökonomische Analyse beantwortet werden, so schließt der positive ökonomische Ansatz an der juristischen Methodenlehre an. Das Methodenmodell lässt sich weiter in zwei Varianten einteilen, je nachdem, welche Art der positiven ökonomischen Ansätze bei der Norminterpretation angewendet wird. Es gibt also das Modell der neuklassischen Ökonomik und das der Neuinstitutionenökonomik; beide Varianten stehen nicht gegenüber der herkömmlichen Methodenlehre, sondern bieten dafür eine Zusatzhilfe an.⁴²

a) Das Modell der neuklassischen Ökonomik

⁴⁰ Taupitz hat daher so richtig gesagt, „Die Entscheidung über die Anwendung oder Nichtanwendung der Theorie [Rechtsökonomik] hat damit etwas heteronom-dezisionistisches“ *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 127. Es wird von anderen hier vorzuschlagen, dass ein offener Diskurs vorzunehmen ist. Vgl. *Gelter/Grechenig*, JRP 15 (2007), 30, 40. Dies setzt die Annahme voraus, dass die Diskurstheorie diese Bewertungsproblematik lösen kann. Wenn diese Annahme richtig wäre, dann könnte sie das Bewertungsproblem zwischen allen Rechtsgütern lösen. So stellt sich die Frage, warum man die Rechtsökonomik in Deutschland braucht, weil die Diskurstheorie schon das juristische Bewertungsproblem lösen könnte; aus dem ökonomischen Gedanken bzw. aus dem Gedanken der Opportunitätskosten sollte man jetzt auch nicht mehr die Rechtsökonomik heranziehen.

⁴¹ Vgl. *Kirchner*, Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 138.

⁴² Vgl. *Kirchner/Koch*, Analyse & Kritik 11 (1989), 112, 120.

Dieses Modell bezieht sich auf die Effizienzanalyse der rechtsdogmatischen Lehrsätze und beschränkt sich daher auf die „wirtschaftsrechtlichen und damit per se ökonomienahe Materien“⁴³. Nach diesem Modell werden – generell gesagt – zunächst durch die grammatische und systematische Auslegung bestimmte dogmatische Lehrsätze herausgefiltert. Dann wird auf diese Lehrsätze die juristische Folgenanalyse aus dem Alltagverstand und die ökonomische Analyse in Bezug auf die Allokationseffizienz vorgenommen, damit man in Kenntnis nimmt, welche Lehren nach dem Alltagverstand die vom Gesetzgeber gewünschte Folge herbeiführen sollen, welche Lehren nach der positiven ökonomischen Analyse tatsächlich zur vom Gesetz geforderten Folge führen. Ob diese ökonomisch effiziente Lehre auszuwählen ist, hängt davon ab, ob durch die juristisch-hermeneutische Überlegung die Effizienz als Sinnzusammenhang des Gesetzes zu erkennen ist.⁴⁴

Bei diesem Modell ist zwar nur die positive ökonomische Analyse herangezogen und die ökonomische Folgenanalyse vorgenommen, aber die Erwägungsfrage nach dem angemessenen dogmatischen Lehrsatz ist gar nicht beantwortet. Die Autoren berufen sich dann auf die juristische Hermeneutik: nur wenn die Effizienz als Sinnzusammenhang angenommen sei, dann solle die effiziente rechtsdogmatische Lehre ausgewählt werden. Aber die Frage, ob die Effizienz als Sinnzusammenhang im bestimmten Gesetz oder Rechtsgebiet betrachtet werden kann, ist eigentlich eine Bewertungsfrage, dazu ist erforderlich, dass zunächst die Effizienz als legitimes Ziel im Gesetz eingesetzt werden muss, dann muss man wieder die Erwägung zwischen Effizienz und anderen Rechtswerten machen, so unterliegt dieses Modell dem gleichen Problem wie beim Prinzipienmodell (Effizienz als ein Rechtsprinzip).

b) Das Modell der Neuinstitutionenökonomik

Dieses Modell ist allein von Kirchner aufgestellt, er möchte mit diesem Modell die bisherige teleologische Auslegung weiterentwickeln. Bei der teleologischen Auslegung stelle man – seiner Meinung nach – auf das Zweck-Mittel-Paradigma ab und versuche, mit einem minimalen Mitteleinsatz den durch das Gesetz bestimmten Zweck zu erreichen; es sei erkennbar, dass dieses Paradigma im Einklang mit dem Allokationseffekt stehe. Gegen dieses Paradigma werde eingewendet, dass bei ihm die Zieldiskussion ausgeklammert und die Nebenwirkung des eingesetzten Mittels außer Acht geblieben sei.⁴⁵ Darüber hinaus möchte er mit dem Ansatz der Neuinstitutionenökonomik die vergleichende Wirkungsanalyse der rechtsdogmatischen Lehrsätze erreichen, diese Analyse bringe mit sich den Vorzug: wenn der zu erreichende Normzweck vorher bestimmt sei und die möglichen dogmatischen Lehrsätze durch die grammatische und systematische Auslegung auch festgesetzt seien, sei im

⁴³ Dies., Analyse & Kritik 11 (1989), 112, 120.

⁴⁴ Vgl. Kirchner/Koch, Analyse & Kritik 11 (1989), 112, 121–124; Kirchner, Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 135.

⁴⁵ Vgl. Kirchner, Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 141.

nächsten Schritt zu erklären, welcher dogmatische Lehrsatz „sich als für die Zielerreichung am geeignetsten erweist“.⁴⁶ Dann handle es sich um den Wirkungsvergleich zwischen möglichen rechtsdogmatischen Lehrsätzen, dabei müssten die Nebenwirkungen der jeweiligen dogmatischen Lehrsätze berücksichtigt werden; nur wenn man sich auf die Neuinstitutionenökonomie berufe, könne man sämtliche Wirkungen der rechtsdogmatischen Lehrsätze verdeutlichen, die „auf Veränderungen der sozialen Interaktion der Regelungsadressaten“ beruhten⁴⁷ und die Nebenwirkungen der jeweiligen rechtsdogmatischen Lehren umfassten.

Nachdem die vergleichende Wirkungsanalyse der möglichen dogmatischen Lehrsätze mithilfe der Neuinstitutionenökonomik vorgenommen worden sei, müsse man entscheiden, welche Lehre auszuwählen sei. Dazu nimmt Kirchner den normativen Individualismus an, der „normative Individualismus schreibt vor, ausschließlich individuelle Wertvorstellungen zum Kriterium einer normativen Bewertung zu machen, ... nur Individuen als Quelle moralischer Werte“.⁴⁸ Dementsprechend sei diese rechtsdogmatische Lehre ausgewählt, die „individuelle Akteure in freier Entscheidung einigen können, wenn sie jeweils nicht wissen, in welcher konkreten Situation sie sind (Schleier des Nichtwissens)“.⁴⁹ Folglich wird dann dieser rechtsdogmatische Lehrsatz ausgewählt, der zu wenigsten Nebenwirkungen führt.

Es ist zugestanden, dass die Heranziehung der positiven Neuinstitutionenökonomik zur Umgestaltung der traditionellen teleologischen Auslegung einen großen Erkenntnissschritt darstellt. Aber die Annahme, dass der Individual im „Schleier des Nichtwissens“ die Entscheidung treffen solle, setzt schon eine Art Gerechtigkeits-theorie⁵⁰ bzw. Wertbeurteilung voraus. Dann ist fraglich, ob diese Wertbeurteilung der Rechtsidee oder dem Rechtsprinzip des bestimmten Rechtsgebiets entspricht, darauf gibt es keine sichere Antwort. Ohne die sichere, richtige Antwort auf diese Wertbeurteilung ist die Auswahl der zur Verwirklichung dieser festgestellten Wertbeurteilung dienenden rechtsdogmatischen Lehre nicht problematisch.

3. Zwischenergebnis

Die Heranziehung der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung in Deutschland ist eigentlich die Auswahl des rechtsdogmatischen Lehrsatzes durch ökonomische Analyse. Und es gibt zurzeit zwei Heranziehungsmodelle, also das Prinzipienmodell und das Methodenmodell, die allerdings bei der Rechtsanwendung scheitern.

⁴⁶ Ders., Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 142, 153

⁴⁷ Ders., Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 146.

⁴⁸ Pies, NIÖ 1993, S. 136.

⁴⁹ Kirchner, Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 152.

⁵⁰ Hier ist sicherlich die Gerechtigkeits-theorie vom Rawls gemeint, aber diese Theorie hängt aus ökonomischer Ansicht von der Annahme ab, dass jeder Akteur risikoavers ist. Ohne genügende ökonomische Restriktionen entspricht diese Annahme der Realität nicht völlig.

Die Ursache, warum die bisherigen Heranziehungsmodelle der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung scheitern, besteht vor allem darin, dass bei der Rechtsökonomik überwiegend auf die Wohlfahrtsökonomik hingewiesen ist, die die Allokationseffizienz als Ziel setzt. In Deutschland ist die Rechtsdogmatik beherrscht, nach deren Anforderung die Juristen bei der Rechtsanwendung am Gesetz binden müssen. Vor diesem Hintergrund darf die wohlfahrtökonomische Analyse bei der Rechtsanwendung herangezogen werden, nur wenn das Effizienzziel durch irgendeine rechtliche Weise im gegenwärtigen Rechtssystem eingezogen ist. Aber dies verursacht das Bewertungsproblem: der Rechtsanwender muss also die Grenze zwischen Effizienz und anderen Rechtswerten feststellen, die in vielen Fällen – wie oben erwähnt – durch bisherige juristische Methodenlehren und Begründungslehren nicht klar gemacht werden kann.⁵¹ Ohne eine solche Grenze kann der Rechtsanwender nicht entscheiden, ob und wie die Rechtsökonomik dabei angewendet wird.

Kirchner hat diese Ursache bemerkt, und beruft sich auf die positive Neuinstitutionenökonomik, bei der die Verwendung der Allokationseffizienz vermieden werden kann.⁵² Er gestaltet durch die neuinstitutionenökonomische Analyse die herkömmliche teleologische Auslegung um, was eigentlich einen großen Erkenntnisfortschritt darstellt. Allerdings muss er sich am Ende auf die Rawls' Gerechtigkeitstheorie berufen, um die Entscheidung zwischen unterschiedlichen rechtsdogmatischen Lehrsätzen treffen zu können. Dies ist allerdings in vielen Fällen zweifelhaft, weil das Gerechtigkeitskriterium vom Rawls ggf. nicht zu der Rechtsidee oder den Rechtsprinzipien des bestimmten Rechtsgebiets gehört.

III. Gang der Untersuchung

Die ökonomische Analyse bei der Rechtsanwendung ist unbeschränkt möglich, nur wenn dabei nur die positive (wissenschaftliche) Ökonomik angewendet wird, weil bei der Rechtsanwendung wissenschaftliche Gesetze einzuhalten sind, z.B. der Rechtsanwender darf bei der Rechtsanwendung physischen oder biologischen Gesetzen nicht widersprechen.

Auf dieser Grundlage wird in dieser Arbeit im Kapitel 2 die wissenschaftliche Ökonomik vorgestellt. Diese Ökonomik kommt ursprünglich aus der Ökonomik der Chicago Schule, entwickelt sich in 70er Jahren der 20. Jahrhundert an der Washington Universität, und entspricht völlig der Wissenschaftsanforderung des kritischen Rationalismus. Sie bezeichnet sich als die Wissenschaft zur Erklärung des menschlichen Verhaltens und legt Wert auf die Transaktionskosten in der realen Welt, die von unterschiedlichen Institutionen und Regelungen verursacht werden.⁵³

⁵¹ Aus ähnlichen Gründen lässt sich diese Bewertungsaufgabe laut Eidenmüller vom Gesetzgeber lösen, vgl. *Eidenmüller*, EaR 2015, S. 433. Dies ist m.E. schon wegen der damit verbundenen hohen ökonomischen Kosten aufzugeben.

⁵² Vgl. *Kirchner*, Europäische Methodenlehre, 2010, S. 132, 148–151.

⁵³ Die Ökonomen, die für diese Ökonomik sprechen, sind unter anderem Steven Cheung, Yoram Barzel, Douglass North, und ihre Schüler John Umbeck, Christoph Hall, und Douglas Allen. Vgl.

Basiert auf dieser Ökonomik wird im Kapitel 3 eine Art der positiven (also wissenschaftlichen) Rechtsökonomik vorgestellt, die im Einklang mit den Ideen von Ronald Coase steht. Es handelt sich vor allem um das richtige Verständnis des Coase-Theorems, wobei das Verhältnis zwischen Rechtszuordnungen und Transaktionskosten klar und ausführlich erklärt wird, und woraus das die Erkenntnisleistung bringende Transaktionsparadigma entnommen ist. Danach wird durch diese Rechtsökonomik die verwirrende Effizienzproblematik bei der Rechtsanwendung gelöst.

Im Kapitel 4 wird ausführlich erklärt, wie die Rechtsökonomik als Methode bei der Rechtsanwendung angewendet wird, dabei geht es also um die Auswahl des leistungsfähigen rechtsdogmatischen Lehrsatzes aus den konkurrierenden Lehrsätzen. Da bei der Rechtsanwendung das Werturteil unvermeidlich ist, wird in diesem Kapitel erklärt, wie die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung mithilfe von der Wissenschaft oder der wissenschaftlichen Rechtsökonomik gelöst werden kann. Die Auswahl des rechtsdogmatischen Lehrsatzes nach wissenschaftlicher Ökonomik setzt sicherlich es voraus, dass die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft im Sinne des kritischen Rationalismus betrachtet werden kann, was auch im Kapitel 4 bestätigt wird. Auf dieser Grundlage werden zur Auswahl des rechtsdogmatischen Lehrsatzes einige konkrete Methode vorgestellt, die nur auf die positive Rechtsökonomik abstellt und der Transaktionskostenminimierung entspricht.

Die Kernthese dieser Arbeit ist einfach, und lautet, dass die positive (auch wissenschaftlich im Sinne des kritischen Rationalismus) Rechtsökonomik unbeschränkt bei der Rechtsanwendung verwendet und daher als Rechtsanwendungsmethode angesehen werden kann. Es ist also durch die positive Rechtsökonomik diese dogmatische Lehre auszuwählen, die im Vergleich mit anderen konkurrierenden Lehren das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt und somit die faktische Geltung der entsprechenden rechtlichen Regelung unter dem gegebenen Umstand am höchsten verwirklicht.

North, Institutions, S. 27, Fn. 1; *Barzel*, Doug North, Some Reminiscences (<https://organization-sandmarkets.com/2015/11/29/yoram-barzels-tribute-to-doug-north/>) (geprüft am 2017/5/25).

Kapitel 2 Die wissenschaftliche Ökonomik

I. Die Einleitung

Die Ökonomik ist die Wissenschaft zur Erklärung des menschlichen Verhaltens, sie unterscheidet sich von anderen Sozialwissenschaften nicht durch die Gegenstände, sondern durch ihre speziellen Ansätze zur Erklärung des menschlichen Verhaltens;⁵⁴ sie stellt auf bestimmte grundlegende Annahmen ab und erklärt das menschliche Verhalten durch die Zurückführung auf das ökonomische Gesetz. Es stellt dann sich die Frage, ob dieser ökonomische Ansatz nur auf den bestimmten Verhaltenskreis anwendbar ist, ob er nur auf marktbezogene Geschäfte oder nur auf menschliche rationale Handlungen anzuwenden ist. Die Entwicklung der Ökonomik zeigt sich, dass sie auf alle Bereiche der menschlichen Handlungen angewendet werden kann.⁵⁵ Für die Rechtsökonomik ist dieser weite Geltungsumfang der Ökonomik erforderlich, denn die Rechtsordnung erfasst beinahe alle Bereiche menschlichen Lebens, deren ökonomische Analysen sind erst möglich, nur wenn der ökonomische Ansatz für alle Bereiche menschlichen Lebens gelten kann.

Es kommt noch die andere Frage hinzu, ob eine so breite Gegenstände umfassende Ökonomik für wissenschaftlich gehalten wird; wenn durch eine Theorie jedes Verhalten erklärt werden könnte, wäre ihre Erklärung wahrscheinlich inhaltslos, denn sie dürfte schlechthin tautologische Aussage darstellen.⁵⁶ Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu erörtern, welche Anforderungen eine Disziplin erfüllen müssen, damit sie als wissenschaftlich gewertet werden kann. Es gibt unterschiedliche Wissenschaftslehren, die unterschiedliche Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit stellen. Hier ist die Wissenschaftslehre des kritischen Rationalismus zu befürworten, die die Schwäche der klassischen Erkenntnislehre bewältigt, und auf die diese Ökonomik abstellt.

II. Die Wissenschaftsanforderung im Lichte vom kritischen Rationalismus

Die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus ist ursprünglich von Karl Popper aufgestellt worden⁵⁷. Sie stellt auf die Widerlegbarkeit der wissenschaftlichen Erklärung ab und findet die umfassende Anwendung sowohl in Naturwissen-

⁵⁴ Vgl. *Becker*, öAEmV 1982, S. 3; *Robbins*, *Economic Science*, S. 16; *Allen*, EP 2007, S. 2.

⁵⁵ Vgl. *Becker*, öAEmV 1982, S. 7; *Robbins*, *Economic Science*, S. 15.

⁵⁶ Aus diesem Grund hat Karl Popper gegen die Freud'sche Psychologiekonstruktion eingewendet, weil jede Beobachtung nur als Bestätigung dieser Konstruktion verwertet wird. Vgl. *Popper*, VuW 2009, S. 50–54.

⁵⁷ Ursprünglich wollte Popper mit dem kritischen Rationalismus das Abgrenzungs- und das Induktionsproblem der Erkenntnislehre lösen, die er als „die beiden Grundprobleme“ genannt hat. Beim Abgrenzungsproblem handelt es sich um das Kriterium für die Abgrenzung zwischen Wissenschaft und Metaphysik. Das Induktionsproblem wird später im Text erklärt. Vgl. *Popper*, *Grundprobleme* 2010, S. 3–48; *Popper*, LdF 2005, S. 3–14.

schaften als auch in Sozialwissenschaften. Natürlich fügten ihr auch kräftige Kritiken zu, die allerdings normalerweise auf den Missverständnissen des kritischen Rationalismus beruhen. Hier ist natürlich nicht der Ort, die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus ausführlich zu erklären, aber zum Verstehen der Wissenschaftlichkeit der Ökonomik ist es erforderlich, solche Informationen zu liefern: wie der kritische Rationalismus die Fehler der klassischen Erkenntnislehre beseitigt, und wie er auf die Ökonomik angewendet wird.

1. Fehler der klassischen Erkenntnislehre

Zur klassischen Erkenntnislehre gehören die Erkenntnislehre des Intellektualismus und die des Empirismus.⁵⁸ Die Beiden gehen gemeinsam davon aus, dass die Wahrheit einer Aussage oder einer Theorie nur durch die zureichende Begründung bewiesen wird,⁵⁹ der Unterschied zwischen ihnen besteht darin, dass diese zureichende Begründung beim Empirismus durch die keine Vorurteile enthaltende sorgfältige Beobachtung erbracht wird, während sie beim Intellektualismus durch die zweifellose vernünftige Einsicht erreicht wird. Mit dieser zureichenden Begründung sei man auch in Gewiss, dass die zu begründende Aussage die Wahrheit darstelle. Nach der allgemeinen Erkenntnislehre besteht die menschliche Erkenntnis aus drei notwendigen Anforderungen:⁶⁰ die Aussage stelle die Wahrheit dar, dies glaube man auch in Gewiss, und die Aussage sei durch die zureichende Begründung zu beweisen. Davon steht die zureichende Begründung im Mittelpunkt, durch die die Wahrheit der Aussage in Gewissheit zu erreichen ist.⁶¹

Allerdings unterliegt die klassische Erkenntnislehre den zwei Einwänden, nämlich der Unerreichbarkeit der zureichenden Begründung und dem logischen Fehler bei Deduktion oder Induktion. Die zureichende Begründung ist deshalb nicht erreichbar, weil bei dem Begründungsverfahren das unlösbare Münchhausen-Trilemma eingetreten ist: ein infinites Regress, ein logischer Zirkel und ein Abbruch des Begründungsverfahrens an einem bestimmten Punkt.⁶² Der infinite Regress entsteht dadurch,

⁵⁸ Der Vertreter des Intellektualismus und des Empirismus ist jeweils René Descartes und Francis Bacon. Descartes vertrat diese Auffassung, dass man durch unbegrenzte Zweifel trotzdem eine sichere Grundlage der Erkenntnis bestimmen kann, er denke bzw. zweifle daran. Vgl. *Descartes/Fischer*, Abhandlung über die Methode 1637, S. 12–21. Bacon vertrat also diese Auffassung, durch Instrumente und Experimente würden die Mängel der Sinneswahrnehmung beseitigt, und die dadurch erlangte saubere Beobachtung biete die sichere Grundlage der Erkenntnis an. Vgl. *Bacon/Brück*, Nues Organ 1620, S. 36–50.

⁵⁹ Vgl. *Albert*, TkV 1991, S. 27. Die von Albert genannte zureichende Begründung ist gleich bedeutend mit der von Popper genannte „letzten Erklärung“, die „wesentliche Eigenschaften der Dinge“ beschreibt, siehe *Popper*, OE 1993, S. 202–205.

⁶⁰ Vgl. *Lemos*, An introduction to the theory of knowledge, S. 5–7; *Hoerster*, Was wissen 2010, S. 11–26; *Steup/Matthias*, Epistemology (<http://plato.stanford.edu/entries/epistemology/index.html#note-3>) (geprüft am 2016/6/19).

⁶¹ Vgl. *Albert*, KrE 1987, S. 11.

⁶² Vgl. *ders.*, TkV 1991, S. 15. Wie das Münchhausen-Trilemma beim Empirismus und Intellektualismus eingetreten ist, siehe in: *Albert*, TkV 1991, S. 31–34; *Albert*, KrE 1987, S. 13–18.

dass der Nachweis, der als die Begründung die Aussage rechtfertigen soll, selbst zur Rechtfertigung weiterer Begründung bedarf, und dies läuft unendlich; es kann auch sein, dass sich diese weitere Begründung auf Aussagen bezieht, die vorher schon als begründungsdürftig aufgetreten war, so kommt der logische Zirkel vor; das Begründungsverfahren kann auch künstlich an einem bestimmten Punkt abbrechen, wo keine zureichende Begründung eingetreten ist, diese Kunst ist als die Dogmatisierung genannt,⁶³ durch die die Begründung als irgendwelche Autorität gegen jegliche Kritik immunisiert wird.⁶⁴

Selbst wenn man die dogmatisierte Aussage als die zureichende Begründung verwendet wird, erleidet die klassische Erkenntnislehre das Induktions- und Deduktionsproblem. Das Induktionsproblem liegt beim Empirismus vor und lautet, dass durch die Wahrheit mehrerer konkreten Beobachtungen die Wahrheit der abstrakten Theorie nicht nachgewiesen werden kann; das Deduktionsproblem liegt beim Intellektualismus vor und lautet, dass die Wahrheit einer konkreten Aussage allein durch die Wahrheit einer abstrakten Theorie oder die Wahrheit ihrer Teiltheorie nicht bestätigt werden kann, weil dabei die notwendigen Randbedingungen fehlen.⁶⁵ Diese beiden Probleme können durch ein einfaches Beispiel anschaulich erklärt werden: es gibt eine konkrete Aussage A „Ein Schwan am Ort O und im Zeitpunkt Z ist weiß“, und auch eine abstrakte theoretische Aussage T „Alle Schwäne sind weiß“. Der Empirismus versucht, durch mehrmalige Bestätigungen der konkreten Aussagen wie A die Theorie T zu beweisen und daher erfordert, dass die mehrmaligen, aber endlichen Beobachtungen die „sämtlichen Schwäne“ umfassen können. Dies ist aber unmöglich, so scheitert der Induktionsversuch des Empirismus. Der Intellektualismus versucht, ausschließlich durch die Theorie T die konkrete Aussage wie A zu beweisen; sein Problem besteht darin, dass man vorher durch irgendwelche Begründung mit Sicherheit bestimmen kann und muss, dass ein Vogel V am Ort O und im Zeitpunkt Z zum Schwan gehört; diese sichere Bestimmung geht über den Geltungsumfang der Theorie hinaus, so scheitert der reine Deduktionsversuch des Intellektualismus.

2. Die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus als Ausweg

Durch das oben Ausgeführte lässt sich erkennen, dass sich die klassische Erkenntnislehre für die absolut sichere Erkenntnis einsetzt, die in der Tat ein unrealisierbares Erkenntnisideal bildet. Im Gegensatz dazu bezieht sich die Wissenschaftstheorie des

⁶³ Vgl. *Albert*, TkV 1991, S. 16; *Albert*, KrE 1987, S. 29, wo er war der Meinung, „Wer das klassische Erkenntnisideal vertritt, muss sich offenbar für eine dogmatische Lösung entscheiden“.

⁶⁴ Vgl. *Albert*, TkV 1991, S. 36; *Popper*, VuW 2009, S. 22–24.

⁶⁵ Vgl. *Popper*, LdF 2005, S. 36–43. „Einen Vorgang >kausal erklären< heißt, einen Satz, der ihn beschreibt, aus Gesetzen und Randbedingungen deduktiv ableiten“ (S. 36). „Aus den allgemeinen Sätzen kann man mit Hilfe der Randbedingungen den besonderen Satz deduzieren“ (S. 37). Umgekehrt heißt das also, dass der besondere Satz nur mit Hilfe der Randbedingungen aus den allgemeinen Sätzen deduziert wird.

kritischen Rationalismus auf die realisierbare Wissenschaftspraxis und Wissenschaftszielsetzung,⁶⁶ wodurch die Probleme der klassischen Erkenntnislehre gelöst werden können.

a) Die Zielsetzung der Wissenschaft im Lichte vom kritischen Rationalismus

Obwohl im kritischen Rationalismus die Existenz und die Objektivität der Wahrheit wie bei der klassischen Erkenntnislehre befürwortet werden,⁶⁷ sind sich die Verfechter des kritischen Rationalismus auch bewusst, dass der Mensch bei der Wissenschaftspraxis dem Fehler unvermeidlich unterliegt.⁶⁸ Dies hat zur Folge, dass die absolut sichere Erkenntnis niemals verwirklicht wird. Ein angemessenes, realisierbares Ziel der Wissenschaftspraxis ist nicht die absolut sichere Wahrheit, sondern der Fortschritt der menschlichen Erkenntnis,⁶⁹ also das Näherkommen der Wahrheit.⁷⁰ Ein Erkenntnisfortschritt liegt vor, wenn man durch die Aufstellung oder die Entdeckung einer neuen Theorie das bisher unlösbare Problem auflösen oder die vorher unerklärbaren Phänomene „mit einem reicheren Gehalt, mit höheren Graden von Universalität und höheren Graden von Genauigkeit“⁷¹ erklären kann; diese neue Theorie hat im Vergleich mit der alten Theorie die größere Erklärungskraft, weil „mit deren Hilfe möglichst tiefgehende und umfassende Erklärungen und Beschreibungen aller in Be-

⁶⁶ Deswegen ist von Albert diese Auffassung vertreten, die „wissenschaftstheoretische Diskussion ist denn auch tatsächlich eine Diskussion über mögliche Zielsetzungen und über mögliche Mittel der Erkenntnispraxis. Es geht darum, ob und wie bestimmte Zielsetzungen im Bereich dieser Praxis erreichbar sind“. *Albert*, KrE 1987, S. 88.

⁶⁷ Der kritische Rationalismus setzt also den Realismus (die objektive Wahrheitsidee) voraus. Aber die Begründungen dieses Realismus sind unterschiedlich und kompliziert. Popper beruft sich auf die Tarskis Wahrheitsidee und spricht für die Korrespondenztheorie der Wahrheit. Wahrheit sei einfach Übereinstimmung zwischen den Aussagen und den Tatsachen mittels der Metasprache, „in der wir sprechen können (a) über die Tatsachen, die die Aussagen einer (Objekt-)Sprache beschreiben, und (b) über die Aussagen dieser (Objekt-)Sprache (indem man Namen für sie verwendet), so können wir in dieser Metasprache auch über die Übereinstimmung zwischen Aussagen und Tatsachen sprechen.“ *Popper*, OE 1993, S. 46. Albert nimmt die objektive Wahrheitsidee als die regulative Idee des kritischen Rationalismus an und betont, dass die Erkenntnis durch Transzendieren der Erfahrung in das menschliche Denken die objektive Wirklichkeit darstellt; aber diese Erkenntnis ist keinesfalls die absolut sichere Erkenntnis, sondern die kritische, überprüfbare Erkenntnis, aus diesem Grund nennt er den kritischen Rationalismus auch als den kritischen Realismus. Vgl. *Albert*, KrE 1987, 41-47, 51-58. Ich neige persönlich zu der Alberts Meinung, weil dadurch der Zusammenhang zwischen Erkenntnis und Entscheidung, also der Zusammenhang zwischen der objektiven Wahrheitsidee und der regulativen Idee sichtbar gemacht wird. Vgl. *ders.*, TrP 1978, S. 45.

⁶⁸ Vgl. *Popper*, VuW 2009, S. 10; *Popper*, OE 1993, S. 277.

⁶⁹ Vgl. *Albert*, KrE 1987, S. 147.

⁷⁰ Vgl. *Popper*, OE 1993, S. 377.

⁷¹ *Ders.*, OE 1993, S. 201. Dies ist von Popper auch als befriedigender Erklärung genannt, und „eine Erklärung dieser Art wird desto befriedigender sein, je besser prüfbar diese Gesetze (und auch die Anfangsbedingungen), und je besser sie tatsächlich geprüft wurden“.

tracht kommenden Tatbestände und damit auch der Erfahrungen ermöglicht werden“.⁷² Diese Zielsetzung entspricht auch der Geschichte der Wissenschaftspraxis. Beispielsweise wurde die Bewegungstheorie von Galileis und Kepler durch die Newtons Schwerkrafttheorie ersetzt, weil durch sie die Körperbewegung sowohl der Gestirne als auch der allgemeinen Dinge erklärt werden; später wurde die Newtons Schwerkrafttheorie durch die Einsteins Relativitätstheorie ersetzt, weil durch die Relativitätstheorie die Körperbewegung sowohl mit niedrigem Tempo als auch mit hohen Tempo erfolgreich erklärt wird. Die Zielsetzung der Wissenschaftspraxis im kritischen Rationalismus ist zwar bescheiden, aber erreichbar.

b) Die Methodologie der Wissenschaft im Lichte vom kritischen Rationalismus

Setzt man den Erkenntnisfortschritt als die Zielsetzung der Wissenschaft ein, stellt man dann sofort die Frage, wie dieses Ziel konkret zu erreichen ist, dabei handelt es sich darum, wie die alte Theorie durch die neue Theorie ersetzt wird. Allerdings gehört die Frage, wie die neue Theorie aufgestellt werden kann, nicht zur Methodologie der Wissenschaft, weil keine Wissenschaftslehre die konkrete Methode auf die Entdeckung der neuen Theorie anbieten kann.⁷³ Die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus dient dazu, wie und wann die alte Theorie als falsch beurteilt werden kann; die Antwort lautet, dass die alte Theorie dann als falsch angesehen wird, wenn sie durch die empirische kritische Prüfung widerlegt, bzw. durch die konkrete beobachtbare Aussage falsifiziert wird.⁷⁴

Vom logischen Standpunkt aus darf man die Wahrheit der Schlussfolgerung nicht auf ihre Prämisse übertragen, beispielsweise kann nicht durch die wahre Aussage A „Es gibt am Ort O und im Zeitpunkt Z einen weißen Schwan“ die Theorie T „alle Schwäne sind weiß“ nachgewiesen werden, denn es könnte an einem anderen Ort oder in einem anderen Zeitpunkt einen schwarzen Schwan geben. Dagegen kann durch die Falschheit der konkreten Schlussfolgerung die Falschheit der theoretischen Prämisse bestätigt werden. Durch die konkrete Aussage B „ein Schwan am Ort O und im Zeitpunkt Z ist schwarz“ werden zunächst die Aussage A „der Schwan am Ort O und im Zeitpunkt Z ist weiß“ und dann die Theorie T „alle Schwäne sind weiß“ falsifiziert. Das ist das Verfahren der kritischen Prüfung einer Theorie, bei dem das Induktions- und Reduktionsproblem gar nicht eingetreten und die zureichende Begründung der konkreten Aussage auch nicht gefordert ist, sodass die Schwäche der klassischen Erkenntnislehre vermieden werden.

⁷² Albert, KrE 1987, S. 88.

⁷³ Nach der Poppers Meinung gehört das Entdeckungsproblem zur Psychologie. Vgl. Popper, LdF 2005, S. 7, dagegen spricht Albert, dass die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus auch als eine „rationale Heuristik“ angesehen werden kann, die zur „Anleitung der Erkenntnispraxis“ dient und beliebige Entdeckungen ausschließt. Albert, KrE 1987, S. 50. Meiner Meinung nach sind sich die Beiden darüber einig, dass der Vorgang der Entdeckung der neuen Theorie nicht durch die Wissenschaftstheorie vorgeschrieben werden darf oder kann.

⁷⁴ Vgl. Popper, LdF 2005, S. 8.

Das Verfahren der kritischen Prüfung kann und soll für jede Wissenschaft gelten; angesichts des kritischen Rationalismus ist der Wissenschaftscharakter einer Disziplin vor allem dadurch zu beurteilen, ob bei ihrer Erkenntnispraxis die kritische Prüfung vorgenommen ist oder werden kann.⁷⁵ Wenn eine Theorie durch die bisherigen empirischen Aussagen nicht widerlegt wird, dann ist sie als vorläufig unproblematisch oder als bewährt angesehen. Dies garantiert aber keine endgültige Wahrheit der Theorie,⁷⁶ denn es kann sein, dass in der Zukunft diese Theorie durch eine bestimmte empirische Prüfung falsifiziert wird, was in der Wissenschaftsgeschichte häufig geschieht. Die Widerlegung der alten Theorie löst aber das neue Erkenntnisproblem aus, wie das die alte Theorie widerlegende Phänomen wissenschaftlich erklärt wird; dieses Erkenntnisproblem gibt den Wissenschaftlern den Anlass, neue Theorie zu entdecken, durch die das die alte Theorie widerlegende Phänomen erfolgreich erklärt werden kann. Hätte man einmal diese neue Theorie herausgefunden und bei der Praxis angewendet, käme später wieder ein Phänomen vor, die durch diese neue Theorie noch nicht erklärt werden könnte, dann sollte man eine andere Theorie suchen. Dies stellt ein Verfahren „Problem-neue Theorie-neues Problem“ dar, das angesichts des kritischen Rationalismus als der Vorgang der Wissenschaftspraxis bezeichnet wird.⁷⁷

c) Merkmale der wissenschaftlichen Aussage im Lichte vom kritischen Rationalismus

Soweit die Methodologie des kritischen Rationalismus auf die kritische Prüfung der Theorie durch die empirische Aussage abstellt, muss diese Frage beantwortet werden, welche Art der Theorie fähig zu dieser kritischen Prüfung ist, dann handelt es sich um die Merkmale der wissenschaftlichen Aussage. Geht man davon aus, dass die Theorie trotz des Bestehens der bisherigen kritischen Prüfungen immer nur als vorläufig unproblematisch angesehen werden kann, kann man unmittelbar den hypothetischen Charakter der wissenschaftlichen Aussage festsetzen.⁷⁸ Die wissenschaftliche Aussage ist also die Hypothese über die Wahrheit.⁷⁹ Eine wissenschaftliche Aussage muss also die Widerlegbarkeit besitzen, denn sie unterscheidet sich von der metaphysischen Aussage dadurch, dass sie widerlegbar ist.⁸⁰ Vom logischen Standpunkt aus hat dieser widerlegbare Satz eine gemeinsame Form, die die Form

⁷⁵ Vgl. *ders.*, LdF 2005, S. 26.

⁷⁶ Vgl. *ders.*, LdF 2005, S. 9.

⁷⁷ Popper beschreibt dieses Verfahren mit dem Schema „ $P1 \rightarrow VL \rightarrow FE \rightarrow P2$ “. Davon stellt P1 das alte Problem dar, VL vorläufige Lösungen, FE Fehlerelimination, P2 das neue Problem. Ausführlicher sieht man in: *ders.*, OE 1993, S. 252–255

⁷⁸ Vgl. *Albert*, KR 2000, S. 15.

⁷⁹ Vgl. *Popper*, VuW 2009, S. 179 Gegen diese Meinung, dass der hypothetische Charakter der wissenschaftlichen Aussagen ihren Wahrheitsanspruch vermindert, hat Popper eingewendet: „wenn wir überdies unsere Vermutung überprüfen und sie erfolgreich falsifizieren, dann sehen wir sehr klar, dass es eine Wirklichkeit gibt - etwas, womit sie kollidieren konnte“. (S. 180)

⁸⁰ Vgl. *ders.*, LdF 2005, S. 16–19.

des einen universellen Es-gibt-nicht-Satzes darstellt,⁸¹ z.B. den Satz „es gibt keinen schwarzen Schwan“. Dieser Satz kann in der Regel mit der anderen Aussage wie „alle Schwäne sind weiß“ umformuliert und durch die entgegengesetzte besondere Aussage B „es gibt im Zeitpunkt Z am Ort O einen schwarzen Schwan“ falsifiziert werden. Die wissenschaftliche Theorie muss also in diese spezielle Form des universellen Es-gibt-nicht-Satzes umgeschrieben werden, sonst wäre es nicht möglich, sie durch kritische Prüfung zu widerlegen.⁸²

d) Die wissenschaftliche Erklärung

Die wissenschaftliche Erklärung eines konkreten Sachverhalts ist stets mithilfe der wissenschaftlichen Theorie und der relevanten Randbedingungen durchzuführen,⁸³ diese Randbedingungen sind vor allem durch die Beobachtung festzusetzen. Die Aufgabe der wissenschaftlichen Erklärung besteht darin, den Sachverhalt in der Vergangenheit oder in der Gegenwart auszulegen und das Geschehen in der Zukunft vorherzusagen.⁸⁴ Beispielsweise kann man aus der Einsteins allgemeinen Relativitätstheorie und den Randbedingungen „die Fusion der zwei Schwarzen Löcher“ ableiten, dass die Frequenzänderung der Gravitationswelle dabei entsteht. Diese Erklärung ist kürzlich von Physikern dadurch bewährt, dass diese Frequenzänderung schon beobachtet worden ist, was wieder die Existenz der Gravitationswelle unmittelbar bewährt ist.

Eine wissenschaftliche Erklärung, die durch die Zurückführung auf die wissenschaftliche Theorie und die relevanten Randbedingungen durchzusetzen ist, kann dem beobachteten Sachverhalt widersprechen, dann muss man die Entscheidung treffen: er soll entweder diese wissenschaftliche Theorie als falsifiziert beurteilen, oder die Randbedingungen erneut so bestimmen, dass der Sachverhalt wieder durch die Zurückführung auf diese Theorie und den neuen Randbedingungen ausgelegt werden kann. Vom pragmatischen Standpunkt aus empfiehlt es sich, dass man in diesem Fall nicht einfach die Falsifizierung der Theorie wählen, sondern die Randbedingungen erneut bestimmen soll, damit die Erklärungskraft der alten Theorie möglichst verwirklicht wird.⁸⁵ Beispielsweise darf man nicht durch die Tatsache, dass in der Erde die Geschwindigkeit eines Ballons beim freien Fall viel niedriger als die eines Kugeln ist, die Newtons Schwerkrafttheorie widerlegen, sondern die Randbedingung, die Erde sei kein Vakuum, in die relevanten Randbedingungen mit einbeziehen.

⁸¹ Ders., LdF 2005, S. 45.

⁸² Vgl. ders., LdF 2005, S. 46.

⁸³ Vgl. ders., LdF 2005, S. 38, diese Randbedingungen sind von Popper in anderen Büchern als „Anfangsbedingungen“ genannt, z.B. „Eine Erklärung mit Hilfe von prüfbaren und falsifizierbaren universellen Gesetzen und Anfangsbedingungen“, ders., OE 1993, S. 201.

⁸⁴ Vgl. Popper, OE 1993, S. 366; Popper, EdH 2003, S. 129.

⁸⁵ Dies geschieht häufiger in Sozialwissenschaften, wo das Naturgesetz so trivial ist, dass es ein „selbstverständlicher Bestandteil unseres Alltagswissens sein, dass wir sie nicht zu erwähnen brauchen und sie selten bemerken“, Popper, EdH 2003, S. 130.

e) Einwände gegen und Rechtfertigungen für die Methodologie des Kritischen Rationalismus

Die Methodologie des kritischen Rationalismus, bzw. die kritische Prüfung der Theorie durch die empirische Aussage, ist keinesfalls unumstritten. Eine merkwürdige Kritik ist von Thomas Kuhn ausgeübt worden, er vertritt diese Auffassung, dass die Widerlegung und die Ersetzung der alten Theorie nur in der Periode der wissenschaftlichen Revolutionen stattfinden, in der das alte Paradigma durch das neue ersetzt worden sei;⁸⁶ bei der Periode der Normalwissenschaft beschäftige sich der Wissenschaftler damit, das unerklärte Phänomen durch die alte Theorie zu erklären, dies sei ein Rätselspiel im Rahmen des alten Paradigmas.⁸⁷

Die von Kuhn ausgeübte Kritik widerspricht aber nicht der wissenschaftlichen Erklärungsanforderung des kritischen Rationalismus. Wenn die aus der Beobachtung gebildete Aussage nicht durch die Zurückführung auf die Theorie und die einmal bestimmten Randbedingungen ausgelegt werden kann, hat man angesichts des kritischen Rationalismus immer die Auswahl zwischen der Widerlegung der alten Theorie und der erneuten Bestimmung der relevanten Randbedingungen; der von Kuhn genannte „Rätselspiel“ ist eigentlich die erneute Bestimmung der relevanten Randbedingungen im Rahmen der alten Theorie, Zweck ist es, die vorher unerklärbare empirische Aussage durch die Zurückführung auf die alten Theorie und die neuen Randbedingungen auszulegen, wodurch die Erklärungskraft der alten Theorie ermöglicht zu verwirklichen ist.⁸⁸ Die Zielsetzung der Wissenschaftspraxis nach dem kritischen Rationalismus ist keineswegs die Widerlegung der alten Theorie,⁸⁹ sondern der Erkenntnisfortschritt, nämlich die Suche nach der wissenschaftlichen Theorie mit größerer Erklärungskraft;⁹⁰ die Widerlegung der alten Theorie ist nur durchzuführen, wenn dadurch die Zielsetzung der Wissenschaftspraxis erreicht werden kann, man braucht nicht immer die Entscheidung der Widerlegung der alten Theorie zu treffen. Deshalb ist die Kritik von Kuhn unzutreffend und zurückgehalten.

Die andere Kritik bezieht sich auf die Unmöglichkeit des Widerlegungsverfahrens, denn angesichts dieser Kritik solle beim Widerlegungsverfahren die zur Prüfung der Theorie dienende empirische Aussage (die Prüfaussage) stets für wahr gehalten sein,

⁸⁶ Vgl. *Kuhn*, Lakatos et al. 1974, 1974, S. 1, 6 *ders.*, *Scientific Revolutions* 1996, S. 127–130. Dabei hat Kuhn in zwei Sinne die Terminologie „Paradigma“: „On the one hand, it stands for the entire constellation of beliefs, values, techniques, and so on shared by the members of a given community. On the other, it denotes one sort of element in that constellation, the concrete puzzle-solutions which, employed as models or examples, can replace explicit rules as a basis for the solution of the remaining puzzles of normal science”. *ders.*, *Scientific Revolutions* 1996, S. 195.

⁸⁷ Vgl. *Kuhn*, Lakatos et al. 1974, 1974, S. 1, 4; *Kuhn*, *Scientific Revolutions* 1996, S. 35–42.

⁸⁸ Vgl. *Popper*, *Framework*, S. 94. „it is of great importance that the theories criticized should be tenaciously defended. For only in this way can we learn their real power”.

⁸⁹ Kuhn hat auch zugegeben, dass Popper „kein naiver Falsifikationist ist“. *Kuhn*, Lakatos et al. 1974, 1974, S. 1, 15.

⁹⁰ Vgl. *Popper*, Lakatos et al. 1974, 1974, S. 51, 56.

dies sei aber eine unrealistische Annahme.⁹¹ Beispielsweise sei die Widerlegung der Theorie T „alle Schwäne sind weiß“ davon abhängig, dass die empirische Aussage B „es gibt im Zeitpunkt Z und am Ort O einen schwarzen Schwan“ als die Prüfaussage für wahr beurteilt werde; wenn man vorher daran festhalte, dass der schwarze Vogel im Zeitpunkt Z und am Ort O, der ähnlich wie den Schwan aussehe, nicht dem Schwan angehöre, sei schon die Aussage B nicht wahr, und B könne sich auch nicht der Widerlegung der Theorie T bedienen; für die Widerlegung der Theorie T sei die zureichende Begründung der Aussage B erforderlich, allerdings sei diese zureichende Begründung angesichts des kritischen Rationalismus niemals erreichbar, so scheitere das Widerlegungsverfahren.

Diese Kritik ist einfach abzuweisen. Angesichts des kritischen Rationalismus ist niemals die absolute Sicherheit einer Aussage gefordert, dies gilt auch für die Prüfaussage; gefordert ist nur, dass diese Prüfaussage vorläufig unproblematisch akzeptiert ist.⁹² Außerdem ist wieder die Zielsetzung der Erkenntnispraxis dabei zu beachten: Ausgangspunkt der Erkenntnispraxis ist immer das zu lösende Problem, es ist durch die neue Theorie das durch die alte Theorie unlösbare Problem zu lösen, damit der Erkenntnisfortschritt verwirklicht wird.⁹³ Wenn durch die Annahme der vorläufigen Akzeptierbarkeit der Prüfaussage die alte Theorie widerlegt und gleichzeitig die neue, aber mit größerer Erklärungskraft verknüpfte Theorie impliziert wird, dann ist durch diese Prüfaussage die alte Theorie widerlegt.⁹⁴ Die Aussage B „es gibt im Zeitpunkt Z und am Ort O einen schwarzen Schwan“ impliziert eine theoretische Festsetzung C „die Farbe ist keine konstitutive Eigenschaft der Familie des Schwans“, die auf eine neue Theorie über den Schwan hinweist; diese neue Theorie betrifft nicht die Farbe des Schwans, erklärt sowohl den weißen Schwan als auch den schwarzen Vogel, der sehr ähnlich wie den weißen Schwan aussieht, und hat deshalb die größere Erklärungskraft als die alte Theorie T „Alle Schwane sind weiß“. Aus diesen Gründen ist durch die Aussage B die Theorie T widerlegt, und das Widerlegungsverfahren scheitert nicht.

f) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann man so sagen: die Zielsetzung der Wissenschaftspraxis besteht im Erkenntnisfortschritt, also in der Suche nach der wissenschaftlichen Theorie mit größerer Erklärungskraft, durch die das vorher unerklärte Phänomen erklärt und das vorher unlösbare Problem aufgelöst werden kann. Dazu muss die wissenschaftliche Theorie den hypothetischen Charakter und die Widerlegbarkeit besitzen und die Form des universellen Es-gibt-nicht-Satzes haben. Die wissenschaftliche Methodologie ist die Prüfung der wissenschaftlichen Theorie durch die aus der Beobachtung entstandene empirische Aussage; die wissenschaftliche Erklärung ist also die

⁹¹ Es geht um das Problem der empirischen Basis, also wie der als Prüfaussage geltende Basissatz begründet werden kann.

⁹² *Albert*, KrE 1987, 111 f.

⁹³ *Popper*, *Framework*, S. 157; *Popper*, *Positivismusstreit*, 1993, S. 103, 104 f.

⁹⁴ *Popper*, OE 1993, 72 f., 270 f.

Erklärung des Sachverhalts durch die Zurückführung auf die wissenschaftliche Theorie und die relevanten Randbedingungen. Wenn die wissenschaftliche Erklärung des Sachverhalts nicht mit der tatsächlichen Beobachtung vereinbar ist, entscheidet man sich zwischen der Widerlegung der Theorie und der erneuten Bestimmung der relevanten Randbedingungen; es kommt darauf an, welche Entscheidung die Zielsetzung der Erkenntnispraxis am geeignetsten zu erreichen ist.

III. Die Wissenschaftsanforderung der Ökonomik

Es ist am Anfang dieses Kapitels schon festgestellt, dass die Ökonomik als die Wissenschaft zur Erklärung sämtlichen menschlichen Handlungen bezeichnet wird. Fraglich ist jedoch, wie das menschliche Verhalten nach der Ökonomik wissenschaftlich erklärt wird, ob die Methodologie des kritischen Rationalismus auf die Ökonomik angewendet werden kann.

1. Wie die wissenschaftliche ökonomische Erklärung läuft

Wie allgemeine wissenschaftliche Erklärung, sind zur wissenschaftlichen ökonomischen Erklärung das ökonomische Gesetz und die relevanten Randbedingungen erforderlich. Die Aufgabe der ökonomischen Erklärung besteht darin, das menschliche Verhalten in der Vergangenheit auszulegen und in der Zukunft vorherzusagen. Es ist also durch die Ökonomik auszulegen, warum das Lebensmittelangebot in deutschen Städten im Jahr 1946 mangelte, und wie dieser Mangel im Jahr 1948 völlig beseitigt worden ist. Es ist auch durch die Ökonomik vorherzusagen, wie sich die gegenwärtige Flüchtlingskrise in Deutschland auf den Markt der Sprachtraining DaF und auf den Arbeitsmarkt auswirken wird.

Das ökonomische Gesetz setzt die grundlegenden Annahmen der Ökonomik voraus, die in der Regel als das Paradigma der Ökonomik genannt sind. Dieses Paradigma besteht aus drei Annahmen: der Ressourcenknappheit, dem individuellen Egoismus und der Rationalitätsannahme.⁹⁵ Die letzten zwei Annahmen sind aber erheblich bezweifelt,⁹⁶ insbesondere durch die Forschungen der Experimental- und der Verhaltensökonomik.⁹⁷ In dieser Arbeit wird aber an dem individuellen Egoismus und der Rationalitätsannahme festgehalten, und es gibt hier zunächst zwei Argumente für diese Festhaltung: Das erste Argument bezieht sich auf die Wissenschaftsanforderung der ökonomischen Erklärung; wenn man nicht auf diesen zwei grundlegenden

⁹⁵ Vgl. *Mathis*, EsG 2009, S. 22–26. Das ökonomische Paradigma ist oft als das Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus genannt. Vgl. *Kirchgässner*, HO 1991, S. 12.

⁹⁶ Vgl. *Kirchgässner*, HO 1991, S. 144–164; *Mathis*, EsG 2009, S. 41–46.

⁹⁷ Die berühmten Vertreter der Experimental- und der Verhaltensökonomik sind die ökonomischen Nobelpreisträger Vernon L. Smith und Daniel Kahneman. Bei der Experimental- und der Verhaltensökonomik werden die psychologischen Effekte auf die Entscheidung der Probanden bei ökonomischen Experimenten berücksichtigt, und durch die Bestätigung solcher psychologischen Effekte die grundlegenden Annahmen der herkömmlichen Ökonomik bezweifelt. Die kurze Vorstellung der Verhaltensökonomik findet man in: *Cartwright*, Behavioral Economics 2014, S. 5–26.

Annahmen beharren würde, dann könnte man sich bei fehlender ökonomischen Erklärung des menschlichen Verhaltens vorschnell darauf berufen, dass diese zwei grundlegende Annahme bei diesem Verhalten falsch wären.⁹⁸ Das ist also der von Thomas Kuhn genannte „naive Falsifikationslist“, die Erklärungskraft der herkömmlichen Ökonomik ist nicht am größten verwirklicht. Das zweite Argument lautet, dass die Forschungsergebnisse der Verhaltensökonomik, die zum Zweifel dieser zwei grundlegenden Annahmen dienen, eigentlich durch die herkömmliche Ökonomik ausgelegt werden können, solange man den richtigen Inhalt der grundlegenden Annahmen der Ökonomik versteht und die herkömmliche Ökonomik angemessen verwendet. Dieses Argument wird später bei der Kritik an der Verhaltensökonomik ausführlich dargelegt.

Aus den grundlegenden Annahmen lässt sich also das ökonomische Gesetz ableiten. Die herrschende ökonomische Gesetzmäßigkeit ist die Nutzentheorie, darunter ist zu verstehen, dass sich der Akteur stets nach der Nutzenmaximierung verhält. Ob sie wissenschaftlich zutreffend ist, wird auch später analysiert. Ein konkurrierendes, vom Autor befürwortetes ökonomisches Gesetz ist das Nachfragegesetz, darunter ist zu verstehen, dass der Akteur stets beim abnehmenden Preis der Handlung häufiger diese Handlung vornimmt, solange diese Handlung als das ökonomische Gut betrachtet werden kann.⁹⁹ Beispielweise wird der Akteur mehrmals laufen, wenn er mehr Freizeit hat und somit sich sein Preis zum Laufen reduziert.¹⁰⁰

Für die Erklärung des menschlichen Verhaltens durch die Ökonomik braucht man neben dem ökonomischen Gesetz auch die relevanten Randbedingungen, die zu dem gegebenen Umstand gehören und nach der ökonomischen Terminologie als die Restriktionen (constraints) genannt werden. Wenn sich die Restriktionen ändern, ändert sich auch das Verhalten dieses Akteurs, denn die Änderung der Restriktionen führt zur Änderung der Handlungskosten des Akteurs, entweder der Nutzentheorie oder dem Nachfragegesetz zufolge wird der Akteur zugunsten seines persönlichen Interesses sein Verhalten ändern. Beispielweise werden die Eiskremes beim heißen Wetter mehr konsumiert als beim kalten Wetter; hingegen wird der warme Kaffee beim kalten Wetter mehr konsumiert als beim heißen Wetter. Das Wetter in diesen Bei-

⁹⁸ Cheung betont, dass die Erklärungskraft der Ökonomik völlig verloren ginge, wenn die Ausnahme für diese zwei grundlegenden Annahmen zulässig wäre, denn jede fehlende ökonomische Erklärung könnte sich dann auf diese Ausnahme berufen. Vgl. *Cheung*, SoD 2010, S. 75

⁹⁹ Das bedeutet nicht, dass die Nutzentheorie und das Nachfragegesetz einander ausschließen. In der Tat wird aus der Nutzentheorie, also aus der Indifferenzkurve, die Nachfragekurve abgeleitet, dies verneint allerdings nicht die Selbstständigkeit des Nachfragegesetzes. Denn aus der Nutzentheorie ist nur die Nachfragekurve, aber nicht das Nachfragegesetz abgeleitet, und die aus der Nutzentheorie abgeleitete Nachfragekurve ist nicht immer nach rechts-unten abgeneigt. Das Nachfragegesetz ist also ein selbstständiges ökonomisches Gesetz. Vgl. *ders.*, SoD 2010, S. 132.

¹⁰⁰ In diesem Fall ist der Preis des Laufens durch die Freizeit zu messen. Wenn man mehrere Freizeiten hat, dann sind die Grenzkosten der Freizeit niedriger, folglich ist der Preis des Laufens entsprechend niedriger.

spielen als Randbedingung ändert sich, was zur Änderung des menschlichen Verhaltens führt. Allerdings ist die richtige Bestimmung der relevanten Randbedingungen bei der ökonomischen Erklärung häufig sehr schwierig. Man denkt selten daran, dass der Auftritt der Videospiele die Reduzierung des Umsatzes der Schokoladefirmen verursacht, weil für Kinder und Jugendlichen das Videospiel zu Substitutionsgütern der Schokolade gehört. Die meisten Wirtschaftswissenschaftler beschäftigen sich also mit der Festsetzung der richtigen Randbedingungen bzw. Restriktionen;¹⁰¹ wenn die ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens fehlerhaft ist, wird man normalerweise nicht das ökonomische Gesetz falsifizieren, sondern die relevanten Restriktionen erneut bestimmen.

Die Genauigkeit der ökonomischen Erklärung ist durch die genaue Festsetzung der relevanten Randbedingungen bestimmt. Bei der Erklärung des Verhaltens des Akteurs soll man nicht sämtliche Situationen des gegebenen Umstandes als relevante Randbedingungen festlegen, sonst wäre diese Erklärung so speziell, dass diese Randbedingungen nur für diesen einmaligen Verhalten des Akteurs gälten; vielmehr soll man die irrelevanten Faktoren aus den Randbedingungen ausklammern, damit die ökonomische Erklärung auch für vergleichbare Fälle gelten kann und gleichzeitig die allgemeine Erklärungskraft gewinnt. Beispielsweise ist für die Erklärung des Phänomens „der Bierkonsum in Deutschland am 26.06.2016 ist größer“, die Randbedingung „der Fußballspiel Deutschland gegen Slowakei fand am diesem Tag statt“ notwendig und auch genügend, andere Situationen, wie das Wetter und die Geschlossenheit der meisten Supermarkts am diesem Tag, sind irrelevant und daher ausgeklammert; und durch diese Festsetzung wird man eine allgemeine Erklärung finden, dass der Bierkonsum in Deutschland größer am diesem Tag ist, an dem ein Fußballspiel der deutschen Mannschaft stattfindet.

Wenn die bestimmten Randbedingungen bzw. Restriktionen bei Erklärung bestimmten menschlichen Verhaltens unter gegebenem Umstand immer relevant und typisch sind, bezeichnet man diese typischen Restriktionen als das ökonomische Modell.¹⁰² Das ökonomische Modell ist also der Erfahrungsansatz der ökonomischen Erkenntnispraxis,¹⁰³ es senkt die Belastungen der ökonomischen Erklärung, aber bringt mit sich auch die Gefahr, dass sehr oft das Modell als die Gesetzmäßigkeit des menschlichen Verhaltens gedacht wird, was zur Idealisierung des Modells führen könnte.¹⁰⁴ Beispielsweise ist das Modell der vollständigen Marktkonkurrenz als das Zeichen des Pareto-Effizienz-Zustandes angesehen; dieses Modell ist so idealisiert, dass man

¹⁰¹ Vgl. *Cheung*, SoD 2010, S. 144–147.

¹⁰² Vgl. *Popper*, Framework, S. 166.

¹⁰³ Vgl. *ders.*, EdH 2003, S. 121.

¹⁰⁴ Vgl. *Albert*, AuS 1976, S. 152 Popper hat auch diese Gefahr beabsichtigt, denn mit dem Modell „entsteht leicht der Eindruck, dass man es in oder auch hinter den wechselnden beobachtbaren Ereignissen wahrnimmt, als eine Art ewigen Geist oder Essenz.“ *Popper*, EdH 2003, S. 122.

nicht an seiner Realität und Realisierbarkeit denken kann.¹⁰⁵ Um diese Gefahr zu vermeiden, soll man bei der ökonomischen Erklärung immer prüfen, ob die durch das ökonomische Modell implizierte Randbedingungen tatsächlich vorliegen; das ökonomische Modell gibt uns zwar ein Hilfsmittel für die ökonomische Erklärung, aber bei konkreter ökonomischer Erklärung soll man immer berücksichtigen, ob und wie die tatsächlichen Randbedingungen von diesem Modell abweichen.¹⁰⁶

2. Der Methodenstreit zwischen Friedman und Coase

Entsprechend der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus hängt die Richtigkeit der ökonomischen Erklärung davon ab, ob durch sie die richtige Vorhersage geschaffen werden kann. Wenn die aus dem ökonomischen Gesetz und den festgesetzten Randbedingungen entnommene Vorhersage nicht dem tatsächlichen Geschehen entspricht, ist diese ökonomische Erklärung fehlerhaft und in der Regel die erneute Bestimmung der Randbedingungen erforderlich. Dies ist von Milton Friedman befürwortet und dagegen von Ronald Coase bezweifelt, so entsteht der ökonomische Methodenstreit über die richtige Aufgabe der Ökonomik.

a) Der Standpunkt von Milton Friedman

Der methodologische Gesichtspunkt von Milton Friedman ist ausführlich in seinem berühmten Aufsatz „The Methodologie of Positive Economics“ vorgestellt. Seiner Meinung nach sei das endgültige Ziel der positiven Ökonomik die Entwicklung einer hypothetischen Theorie, durch die die Vorhersage über das bisher noch nicht beobachtete Phänomen aufgestellt werde.¹⁰⁷ Bei der Vorhersage handle es sich nicht nur

¹⁰⁵ Aus diesem Grund kritisiert Albert: „De facto sagt natürlich die Konstruierbarkeit eines Modells nichts über seine Realisierbarkeit“. *Albert*, AuS 1976, S. 64.

¹⁰⁶ Dieser Vorgang ist von Popper als Nullmethode oder Situationslogik genannt. „Ich meine damit [mit der Nullmethode] folgendes Verfahren: Man konstruiert ein Modell auf Grund der Annahme, dass alle beteiligten Individuen sich vollkommen rational verhalten (und vielleicht auch, dass sie im Besitz vollständiger Informationen sind), und dann schätzt man die Abweichung des tatsächlichen Verhaltens dieser Individuen vom Modellverhalten, wobei dieses als eine Art Nullkoordinate dient“. *Popper*, EdH 2003, S. 126. Diese Methode ist aber von Hans Albert kritisiert, weil er dachte, dass durch diese sog. Nullmethode oder Situationslogik das nomologische Wissen bzw. das theoretische Gesetz vernachlässigt oder ersetzt wird. Vgl. *Albert*, EuS 2003, S. 37. Meiner Meinung nach ist die Alberts Kritik nicht zutreffend, denn Popper hat mehrmals betont, dass man durch das Modell das Gesetz nicht ersetzen darf, z.B. *Popper*, EdH 2003, S. 121: „Sehr oft sind wir uns dessen nicht bewusst, dass wir mit Hypothesen oder Theorien arbeiten, und halten unsere theoretischen Modelle deshalb fälschlich für konkrete Dinge. Solche Fehler werden nur zu häufig begangen. Die Tatsache, dass Modelle oft so verwendet werden, erklärt - und widerlegt gleichzeitig - den methodologischen Essentialismus“. „Models represent typical initial conditions rather than universal laws. And they therefore need to be supplemented by 'animating' universal laws of interaction - by theories which are not models in the sense here indicated.“ *ders.*, *Framework*, S. 165.

¹⁰⁷ *Friedman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, 1966, S. 3, 7.

um das Geschehen in der Zukunft, sondern auch um das Geschehen in der Vergangenheit, das durch die alte Theorie noch nicht erklärt worden sei.¹⁰⁸ Die hypothetische Theorie sei widerlegt, wenn die daraus entnommene Vorhersage dem tatsächlichen Geschehen widerspreche.¹⁰⁹ Es sei die solche ökonomische Theorie gewählt, die präzisere und umfangreichere Vorhersagen machen könne.¹¹⁰ Es ist hier beachtlich, dass aus der Sicht Friedmans zur ökonomischen Theorie sowohl die grundlegenden Annahmen der Ökonomik und das ökonomische Gesetz als auch das ökonomische Modell gehören.¹¹¹ Auf dieser Grundlage sagte Friedman, die Richtigkeit einer ökonomischen Theorie, die nur die grundlegenden Annahmen der Ökonomik und das ökonomische Gesetz enthalte, sei von der Realität des ökonomischen Modells unabhängig,¹¹² das ökonomische Modell umfasse jedenfalls nur bestimmte Gesichtspunkte der Tatsache und stelle somit die Realität vereinfacht dar.¹¹³

Es ist offensichtlich, dass die ökonomische Methodologie Friedmans im Einklang mit der Methodologie des kritischen Rationalismus steht, die großen Wert auf die Erklärungskraft und Widerlegbarkeit der Theorie legt. Es ist im Bereich der Ökonomik immer die empirische Prüfung der ökonomischen Theorie hervorzuheben, nämlich die Prüfung, ob die durch diese ökonomische Theorie vorgenommene Erklärung mit dem tatsächlichen Geschehen vereinbar ist.

b) Der Standpunkt von Ronald Coase

Die von Friedman gestützte Methodologie der Ökonomik ist allerdings von Ronald Coase kritisiert. Zunächst hat Coase eingewendet, die Methodologie Friedmans stelle in der Tat die normative Methodologie dar, obwohl ihr Geltungsobjekt laut Friedman die positive Ökonomik sei; es solle für die positive Ökonomik auch die positive bzw. empirische Methodologie gelten.¹¹⁴ Außerdem zeige es sich in der Theoriegeschichte der Ökonomik, dass es keine genügende Zeit für die Prüfung der ökonomischen Theorie gebe und in der Regel ohne diese Prüfung bereits die bestimmte ökonomische Theorie in Anspruch genommen worden sei,¹¹⁵ z.B. die Hin- nahme der keynesianischen Theorie in 30er Jahren des 20. Jahrhundert in UK und in den USA. Ohne die vorher Inanspruchnahme einer bestimmten Theorie könne man gar keine ökonomische Erklärung vornehmen; um die Widerlegung der alten Theorie durchzuführen, solle man vorher an der neuen Theorie glauben, durch die das zur

¹⁰⁸ *Ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 9.

¹⁰⁹ *Ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 9.

¹¹⁰ *Ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 10.

¹¹¹ Vgl. *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 24. Die grundlegenden Annahmen der Ökonomik und das ökonomische Gesetz sind von Friedman als „assumptions“ genannt. Vgl. *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 26–30.

¹¹² Vgl. *Friedman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 14.

¹¹³ Vgl. *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 25.

¹¹⁴ Vgl. *Coase*, *Economics and Economists* 1994, 1994, S. 15, 18.

¹¹⁵ Vgl. *ders.*, *Economics and Economists* 1994, 1994, S. 15, 23.

Widerlegung der alten Theorie dienende Phänomen erst beobachtet werde; die Ursache, weshalb die neue ökonomische Theorie in Anspruch genommen werde, bestehe gar nicht darin, dass die alte Theorie durch das beobachtete Phänomen widerlegt werde, weil ohne diese neue Theorie das zur Widerlegung dienende Phänomen sehr wahrscheinlich nicht beobachtet werde.¹¹⁶

Da die ökonomische Theorie nicht dadurch beurteilt werden könne, dass die durch diese Theorie vorgenommene Vorhersage durch das beobachtete Phänomen geprüft werde, bestehe die Aufgabe der Ökonomik nicht in der Vorhersage, sondern in der Auslegung des menschlichen Verhaltens in der Vergangenheit.¹¹⁷ Und für diese Auslegung sei erforderlich, dass die Annahme der ökonomischen Theorie realistisch sein solle.¹¹⁸

c) Die Stellungnahme

Es ist interessant, dass sich Coase bei der Kritik an der Methodologie Friedmans auf die Gesichtspunkte von Thomas Kuhn berief; seine Kritik an der Methodologie Friedmans ist sehr ähnlich wie die von Thomas Kuhn ausgeübte Kritik an der Wissenschaftslehre des kritischen Rationalismus: in der Entwicklungsgeschichte der Wissenschaft sei die kritische Prüfung oder die Widerlegung der wissenschaftlichen Theorie der seltene Fall. Wegen dieser Ähnlichkeit kann man gegen die Kritik von Coase – wie gegen die Kritik von Thomas Kuhn – einwenden, dass man die aktuelle ökonomische Theorie für bewährt halten kann, solange das bisher beobachtete Phänomen durch diese Theorie erklärt werden kann.

Angesichts der Methodologie des kritischen Rationalismus kann man bei fehlender ökonomischer Erklärung sowohl das ökonomische Gesetz widerlegen oder die Randbedingungen erneut auswählen, diese erneute Auswahl der Randbedingungen kann auch als die Widerlegung der alten Randbedingungen angesehen werden. Da sich die hypothetische ökonomische Theorie laut Friedman sowohl auf das ökonomische Gesetz als auch auf das ökonomische Modell bezieht, das die typischen Randbedingungen bzw. Restriktionen des menschlichen Verhaltens unter gegebenem Umstand darstellt, gehört die Widerlegung der alten Randbedingungen aus Sicht von Friedman auch zur Widerlegung der ökonomischen Theorie. Auf dieser Grundlage hat Friedman gesagt: „The hypothesis is rejected if its predictions are contradicted (‘frequently’ or more often than predictions from an alternative hypothesis); it is accepted if its predictions are not contradicted“.¹¹⁹ Wenn Friedman über die Widerlegung der ökonomischen Theorie spricht, bedeutet er nicht unbedingt die Widerlegung des ökonomischen Gesetzes, möglicherweise auch die Widerlegung

¹¹⁶ Vgl. *ders.*, *Economics and Economists* 1994, 1994, S. 15, 24.

¹¹⁷ Coase verneint nicht, dass durch die gute ökonomische Theorie die genaue Vorhersage vorgenommen werden kann; er verneint nur die Möglichkeit dieser Vorhersage in der Realität. Vgl. *ders.*, *Economics and Economists* 1994, 1994, S. 15, 17.

¹¹⁸ Vgl. *ders.*, *Economics and Economists* 1994, 1994, S. 15, 18.

¹¹⁹ *Friedman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in positive economics*, ⁵1966, S. 3, 9.

der Randbedingungen, dann sollten die relevanten Randbedingungen erneut bestimmt werden, um die Erklärungskraft des gegenwärtigen ökonomischen Gesetzes möglichst zu verwirklichen. Die Widerlegung der Randbedingungen der Normalphase entspricht also der Entwicklungsgeschichte der Ökonomik.

Außerdem widerspricht der andere Einwand von Coase, dass die Widerlegung der alten ökonomischen Theorie ohne vorherige Annahme der neuen Theorie nicht durchführbar sei, nicht der Methodologie des kritischen Rationalismus. Denn durch die neue ökonomische Theorie kann durchaus das Phänomen erklärt werden, das durch die alte Theorie nicht erklärt werden kann, die neue ökonomische Theorie hat die größere Erklärungskraft als die alte und bringt mit sich den Erkenntnisfortschritt.

Es ist zugegeben, dass die Methodologie Friedmans den normativen Charakter hat. Dies widerspricht aber nicht der Anforderung der positiven Ökonomik. Denn mit der Methodologie wird die Frage, wie der Wirtschaftswissenschaftler forschen sollte, bearbeitet, sie ist eine Bewertungsfrage und enthält natürlich den normativen Charakter. Aus der Tatsache, dass manche Wirtschaftswissenschaftler ohne die kritische Prüfung schon bestimmte ökonomische Gesichtspunkte akzeptiert haben, darf man nicht entnehmen, dass die Methodologie des kritischen Rationalismus nicht für die Ökonomik gilt. Diese Tatsache zeigt nur, dass die Arbeit solcher Wirtschaftswissenschaftler unwissenschaftlich ist, weil sie der wissenschaftlichen Methodologie nicht nachkommen. Beim normativen Charakter der Methodologie handelt es sich um die Beurteilung, ob die positive ökonomische Arbeit wissenschaftlich ist. Deshalb ist die Kritik von Coase unzutreffend und zurückzuweisen.

Zusammenfassend sind die Einwände von Coase gegen die Methodologie Friedmans verfehlt, die – wie erwähnt – auch die Methodologie des kritischen Rationalismus darstellt. Deswegen kann man die Methodologie des kritischen Rationalismus unproblematisch auf die Ökonomik anwenden, und die entsprechend dieser Methodologie vorgenommene ökonomische Erklärung erfüllt sicherlich die Wissenschaftsanforderung des kritischen Rationalismus. In dieser Arbeit wird die wissenschaftliche Methodologie des kritischen Rationalismus sowohl in Ökonomik als auch in Rechtsökonomik verwendet.

IV. Die grundlegenden Annahmen der Ökonomik

Zu den grundlegenden Annahmen bzw. dem Paradigma der Ökonomik gehören die Ressourcenknappheit, der individuelle Egoismus und die Rationalitätsannahme, auf denen das Gebäude der Ökonomik aufbaut. Obwohl einige dieser Annahmen von der Verhaltensökonomik im Zweifel gezogen sind, machen diese Annahmen weiter

noch den Ausgangspunkt der verhaltensökonomischen Analyse aus.¹²⁰ Für die ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens ist erforderlich, diese grundlegenden Annahmen richtig zu verstehen, weil viele Einwände gegen diese Annahmen auf ihr Missverständnis abstellen. Um diese grundlegenden Annahmen zu rechtfertigen, werden im Folgenden ihre richtigen Bedeutungen ausführlich erläutert und die Kritiken an ihnen zurückgewiesen.

1. Die Ressourcenknappheit

Hier ist unter den Ressourcen das ökonomische Gut zu verstehen. Das Gut bedeutet die Sache, die man braucht. Wenn eine Sache einem Akteur schon zur Verfügung steht und auch immer von ihm gewollt wird, d.h. wenn man zwischen dem Haben und dem Nicht-Haben einer Sache immer das Haben dieser Sache wählt, gehört diese Sache aus ökonomischer Sicht zum Gut.¹²¹ Der Umfang der so gemeinten Güter ist so breit, dass das Gut sowohl die verkörperte Sache als auch die nicht verkörperte Sache, z.B. Leistung, Freundschaft, Liebe, etc., umfasst. Das Gut ist weiter in das ökonomische und das kostenfreie Gut einzuteilen. Wenn man immer mehrere Mengen eines Gutes haben möchte, dann spricht man vom ökonomischen Gut. Da jeder Akteur mehrere Mengen eines ökonomischen Gutes haben wollte und die vorrätigen Mengen dieses Gutes aber begrenzt sind, ist das ökonomische Gut stets knapp.¹²² So entsteht die Knappheit der Ressourcen. Dagegen ist das kostenfreie Gut nicht knapp, weil sein Vorrat das menschliche Bedürfnis abdecken kann.

Aus der Ressourcenknappheit ergibt sich unmittelbar, dass die Konkurrenz zum Erlangen des ökonomischen Gutes unvermeidlich ist;¹²³ selbst wenn dieses ökonomische Gut nur von einer Person verbraucht wird, sind zur Herstellung dieses Gutes

¹²⁰ „The rational-agent model was our starting point and the main source of our null hypotheses, ... our research primarily as a contribution to psychology, with a possible contribution to economics as a secondary benefit.“ *Kahneman*, *Am. Econ. Rev.* 93 (2003), 1449. Angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus ist die Verhaltensökonomik unwissenschaftlich, obwohl bei ihr die empirische Studie durchgeführt ist. Denn durch die Verhaltensökonomik werden die Tatsachen unter bestimmten Gesichtspunkten gesammelt und dann als empirische Merkmale der psychologischen Effekte mit eigenen Namen, wie „Besitzeffekt“, „Framming“, „Prospecteffekt“, „heuristic bias“, etc. genannt. Die verhaltensökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens ist daher eigentlich die Erklärung des menschlichen Verhaltens (also eine Art Tatsache) durch die Tatsache, nicht durch die Theorie, was natürlich der Wissenschaftsanforderung widerspricht. Die These, dass die Tatsache nicht durch die Tatsache erklärt werden darf, findet man in *Cheung*, *SoD* 2010, S. 38. Dieser Einwand gegen die Verhaltensökonomik wurde auch von Posner bemerkt, „Behavioral economics is defined by its subject rather than by its method and its subject is merely the set of phenomena that rational-choice models (or at least the simplest of them) do not explain, ... Describing, specifying, and classifying the empirical failures of a theory is a valid and important scholarly activity. But it is not an alternative theory“. *Posner*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1551, 1559.

¹²¹ Vgl. *Cheung*, *SoD* 2010, S. 86.

¹²² Vgl. *ders.*, *SoD* 2010, S. 87.

¹²³ Vgl. *Alchian/Allen*, *E&P* 1992, S. 7.

andere Stoffe erforderlich, zu deren Erlangung die Konkurrenz gleichfalls unvermeidlich ist. Vor diesem Hintergrund muss eine Regelung für diese Konkurrenz vorhanden sein. Diese Regelung muss sich also nicht auf den Preismechanismus beschränken, der von den meisten Wirtschaftswissenschaftlern vertraut ist, sie kann alle Arten der Regelungen sein, die zur Verteilung des ökonomischen Gutes dient,¹²⁴ z.B. die Gewalt, die religiöse Regelung, der Charme des Akteurs, etc., maßgeblich für diese Regelung ist es, dass sie die Konkurrenz zum Erlangen des ökonomischen Gutes so begrenzt, dass man bestimmen kann, wer das ökonomische Gut erlangt, und wer nicht.¹²⁵ Aus der Konkurrenz des ökonomischen Gutes ist auch zu entnehmen, dass der Akteur zum Erlangen des ökonomischen Gutes den Preis zahlen bzw. die Kosten tragen muss. Dies gilt für alle Arten der Regelungen dieser Konkurrenz, z.B. nach der Regelung der Gewalt muss man zum Erlangen des ökonomischen Gutes die Gewalt ausüben, was die Kosten darstellt; je höher seine Gewalt ist, desto mehrere Güte kann er erhalten. Das kostenfreie Gut verdient deshalb seinen Namen, weil man zu seinem Erlangen keine Kosten zu tragen braucht, d.h. zur Erlangung des kostenfreien Gutes unterliegt der Mensch keiner Konkurrenz.

Die ökonomische Erklärung bezieht sich auf das ökonomische Gut, weil sich die Entscheidung bzw. das Verhalten des Akteurs am ökonomischen Gut orientiert; es kommt für den Umfang der ökonomischen Analyse darauf an, welche Sache als das ökonomische Gut betrachtet wird. Soweit mehr als zwei Akteure direkt oder indirekt um eine Sache miteinander konkurrieren, kann diese Sache als das ökonomische Gut angesehen werden kann. Dies gewinnt die große Bedeutung für den Geltungsumfang der ökonomischen Analyse, danach lässt sich die ökonomische Analyse auch auf das vom Werturteil geprägten Verhalten anwenden, solange dabei mehr als zwei Personen um irgendwelches ökonomische Gut konkurrieren, das zur Verwirklichung des Werturteils erforderlich ist.

2. Der individuelle Egoismus

Die Annahme des individuellen Egoismus¹²⁶ ist so umstritten, dass sie von Verhaltensökonominnen durch das Ultimatum- und das Diktatorspiel erheblich bezweifelt wird, durch die nachzuweisen ist, dass das menschliche Verhalten auch den Wert auf Fairness legt.¹²⁷ Außerdem stellt die Existenz des sog. altruistischen Verhaltens in

¹²⁴ Vgl. *Alchian/Allen*, E&P 1992, S. 7–9; *Cheung*, SoD 2010, S. 92.

¹²⁵ Vgl. *Cheung*, SoD 2010, S. 92f. Es ist durch diese Regelung zu bestimmen, wem das Property-Right am ökonomischen Gut zukommt, aus diesem Grund ist von Alchian diese Auffassung zu vertreten, dass das Property-Right, die Knappheit der Ressourcen und die Konkurrenz „three inseparable concepts“ sind. *Alchian*, II Politico 30 (1965), 816, 816 f.

¹²⁶ Diese Annahme wird auch als das Eigennutztheorem genannt, das auf die Nutzenanalyse zurückgeführt ist. Siehe etwa in: *Eidenmüller*, EaR 2015, S. 31–34; *Mathis*, EsG 2009, S. 23–25. Da in dieser Arbeit die Nutzenanalyse abgewiesen, werde ich den Begriff des individuellen Egoismus verwenden.

¹²⁷ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, J. Bus. 59 (1986), 285 ff.

der realen Welt die Annahme des individuellen Egoismus in Frage.¹²⁸ Diese Einwände kann man allerdings zurückweisen, wenn man diese Annahme des individuellen Egoismus richtig versteht.

a) Der individuelle Egoismus als methodologische Annahme

Aus dem individuellen Egoismus ist zunächst zu entnehmen, dass sich das Individuum stets die Entscheidung trifft und sich die sog. kollektive Entscheidung auf die Aggregation individueller Entscheidungen reduziert,¹²⁹ was auch als methodologischer Individualismus genannt wird. Das ökonomische Gesetz ist die Gesetzmäßigkeit des individuellen menschlichen Verhaltens, das kollektive Verhalten ist die Aggregation der Verhalten der jeweiligen Akteure im Rahmen einer bestimmten Organisation, die dann als die ständigen Randbedingungen des individuellen Verhaltens betrachtet wird,¹³⁰ das Individuum verhält sich in solcher Organisation nicht zum Zweck der sog. kollektiven Interessen, sondern zum Zweck seiner individuellen Interessen.¹³¹ Der individuelle Egoismus besagt weiter, dass sich das Verhalten des jeglichen Akteurs im Rahmen der gegebenen Restriktionen und in Bezug auf das ökonomische Gut nach seinen maximierenden Interessen richtet.¹³²

Angesichts der Wissenschaftsanforderung ist die Frage, ob diese Annahme der Realität entspricht, unwichtig. Maßgebend ist es, dass durch diese Annahme das menschliche Verhalten nicht als beliebig gewertet wird, sondern durch die Zurückführung auf das ökonomische Gesetz und die Restriktionen erklärt werden kann. Aus diesem Grund bezeichnet sich die Annahme des individuellen Egoismus nicht als die realistische oder moralische oder psychologische Annahme, sondern als die methodologische Annahme.¹³³ Wenn der Akteur mit seinem Verhalten nach dem ökonomischen Gut strebt, ist durch die Ökonomik zu erklären, wie und wie viele Mengen dieses Gutes er regelmäßig unter gegebenem Umstand anstrebt; diese Erklärung wird dann als wissenschaftlich betrachtet, nur wenn sie mit der Annahme des individuellen Egoismus vereinbar ist. Die Annahme des individuellen Egoismus gilt also als das Kriterium zur Beurteilung der Richtigkeit der ökonomischen Erklärung.

¹²⁸ Vgl. *Kirchgässner*, HO 1991, S. 45–65.

¹²⁹ Vgl. *Cheung*, SoD 2010, S. 70–72; *Alchian/Allen*, E&P 1992, S. 13.

¹³⁰ Daraus ergibt sich, dass unterschiedliche Arten der Organisationen unterschiedliche Randbedingungen des individuellen Verhaltens darstellen. Siehe etwa *Olson*, *Collective Action* 1994, S. 43–52.

¹³¹ Vgl. *dass.*, *Collective Action* 1994, S. 125–131.

¹³² *Cheung*, SoD 2010, S. 73.

¹³³ Vgl. *ders.*, SoD 2010, S. 74. In Zukunft könnte man statt des individuellen Egoismus eine bessere methodologische Annahme für die Erklärung menschlichen Verhaltens finden, aber bis jetzt ist die methodologische Annahme des individuellen Egoismus die beste Wahl.

Die These, dass das altruistische Verhalten gegen den individuellen Egoismus spricht, stellt offenbar auf die moralische bzw. psychologische Version des individuellen Egoismus ab.¹³⁴ Nimmt man den individuellen Egoismus als die methodologische Annahme an, dann ist das sog. altruistische Verhalten auch mit dem individuellen Egoismus vereinbar.¹³⁵ Die psychologische Frage, ob sich der Akteur im konkreten Fall egoistisch oder altruistisch verhält, kann zwar in vielen Fällen wegen der fehlenden Beobachtbarkeit des psychologischen Motivs nicht beantwortet werden, aber ist durchaus unwichtig, weil diese Frage nichts mit der ökonomischen Erklärung zu tun hat. Angesichts der Ökonomik ist es gleichgültig, ob ein Akteur vom psychologischen Standpunkt aus zum Helfen des Bäckers oder zum Stillen seines Hungers das Brot kauft; aus der Annahme, dass das Brot hier zum ökonomischen Gut gehört, lässt sich ableiten, dass der Akteur bei abnehmenden Preis größere Mengen dieses Brotes und bei zunehmenden Preis kleinere Menge kaufen wird, selbst wenn er aus reinem altruistischen Motiv zum Helfen des Bäckers das Brot kauft; zur Erklärung des tatsächlichen Brotkaufes dieses Akteures gilt also das Nachfragegesetz, das natürlich von der Annahme des individuellen Egoismus vorausgesetzt ist, der psychologische Effekt spielt dabei keine Rolle.

Beim sog. reinen altruistischen Verhalten, wo das psychologisch altruistische Motiv aufgewiesen wird, hat der Akteur stets den Anreiz, mit kleinsten Ressourcen das altruistische Ziel zu erreichen. Sein Verhalten entspricht jedenfalls dem individuellen Egoismus und kann daher durch die Ökonomik erklärt werden. Beispielsweise gibt es zum Helfen eines Akteurs A zwei Weise, die eine kostet 100 Euro, die andere 200 Euro; der Akteur B, der dem A helfen will, wird unter diesem Umstand angesichts des individuellen Egoismus die kostengünstige Weise wählen; für die Erklärung der Auswahl des B in diesem Fall spielt die Annahme des Altruismus wieder keine Rolle. Außerdem ist aus dem individuellen Egoismus zu entnehmen, dass der – vom moralischen Standpunkt aus – egoistische Akteur mit höherer Möglichkeit das sog. altruistische Verhalten vornimmt, wenn die Kosten zum altruistischen Verhalten erheblich verringert sind. Alles führt dazu, dass durch die methodologische

¹³⁴ Es ist erkennbar, dass die meisten Kritiker am individuellen Egoismus auf der moralischen bzw. psychologischen Annahme beruhen, ihre typische Darstellung lautet: „die Annahme des Eigennutzes der Individuen zunächst eine neutrale Annahme ist, die moralisch besonders positives wie besonders verwerfliches Verhalten ausschließt, und daß sie deshalb für das durchschnittliche menschlichen Verhalten in vielen Situationen typisch und insofern auch realistisch ist“. *Kirchgässner*, HO 1991, S. 65.

¹³⁵ Ein anderer Weg zur Vereinbarung zwischen dem altruistischen Verhalten und dem individuellen Egoismus ist die evolutionär-biologische Begründung des Altruismus, durch die nachzuweisen ist, dass der Altruismus vom Standpunkt der biologischen Evolution aus den großen Vorzug für menschliche Leben und Überleben bringt und daher die Interessen des Akteurs fördert, was dem individuellen Egoismus entspricht. So etwa *Posner*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1551, 1561–1564. Die Berufung auf die biologische Evolutionstheorie löst allerdings die Gefahr aus, dass die derartige Erklärung des altruistischen Verhaltens tautologisch oder inhaltslos ist, weil die gegenwärtige Existenz des altruistischen Verhaltens in der realen Welt aus Sicht der Evolutionstheorie bereits für seine Nützlichkeit spricht. Vgl. *Popper*, OE 1993, S. 252.

Annahme des individuellen Egoismus das moralisch oder psychologisch altruistische Verhalten durch die Ökonomik erklärt werden kann, sodass der Einsatz des Altruismus als der ad-hoc Annahme des individuellen Egoismus in der Ökonomik überflüssig ist.

b) Die Fairnessannahme im verhaltensökonomischen Experiment?

Gegen die Annahme des individuellen Egoismus ist von Verhaltensökonominnen durch vielmalige Ultimatum- und Diktatorspiele eingewendet, dass der Akteur bei der Verteilung des Reichtums auch den Wert der Fairness berücksichtigt. Jedoch ist zunächst fraglich, was der Verhaltensökonom unter der Fairness versteht. Der Inhalt der Fairness ist so vielfältig, dass keine goldene Form für sie hat, sie kann das gleiche Einkommen, oder die gleiche Chance zum Geldverdienen, oder die Einstimmung der Einkommensallokation, oder die Mitbeziehung der Wohlfahrt des anderen Akteurs in die eigene Wohlfahrt, etc.¹³⁶ Um die Vagheit des Fairnessbegriffs zu vermeiden, ist von V. L. Smith vorzuschlagen, die Terminologie der „Fairness“ nur in solchen Fällen zu verwenden, wo in jeweiligen Experimenten die Fairness durch Modell konkretisiert wird.¹³⁷ Generell gesagt, die Fairness bedeutet die Abweichung der Ressourcenverteilung von derjenigen Verteilung, die dem egoistischen Akteur zur Verfügung steht.

Das Ultimatumspiel¹³⁸ läuft grundsätzlich so: die Probanden werden in zwei Gruppen A und B eingeteilt, ein Mitglied der Gruppe A stellt zunächst schriftlich und anonym den Entwurf zur Verteilung eines bestimmten Geldbetrags (hier z.B. 10 €) zwischen ihm und einem Mitglied der Gruppe B auf, der Mitglieder der Gruppe B entscheidet dann darüber, ob er diesem Entwurf zustimmt. Im Fall der Zustimmung des Verteilungsentwurfs erhalten die Beiden den entsprechend dem Entwurf verteilten Geldbetrag, und im Falle der Ablehnung dieses Entwurfs erhalten die Beiden nichts.¹³⁹ Beim ganzen Spiel ist die sprachliche und verbale Kommunikation nicht erlaubt. Angesichts des individuellen Egoismus könnten die Mitglieder der Gruppe A freiwillig den ganzen Geldbetrag (10 €) zuweisen und B würde jedenfalls den Zuweisungen vom A zustimmen, weil dadurch A und B beiden besser oder nicht schlechter gestellt werden. Die tatsächliche Folge ist anderes, mehr als die Hälfte der

¹³⁶ Vgl. *Smith*, *Rationality* 2007, S. 161–163. Die Fairness als die Mitbeziehung der Wohlfahrt des anderen in die eigene Wohlfahrt ist von Posner zu verneinen, denn dann wird sich die eigene Wohlfahrt erhöhen, wenn sich die Wohlfahrt des anderen Akteurs erhöht; bei Verringerung der Wohlfahrt des anderen Akteurs ist die eigene Wohlfahrt kleiner geworden. Aus diesem Grund führt die Erhöhung der Wohlfahrt des anderen Akteurs zur Erhöhung der eigenen Interessen und entspricht somit dem individuellen Egoismus. Vgl. *Posner*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), 1551, 1557

¹³⁷ Vgl. *Smith*, *Rationality* 2007, S. 161.

¹³⁸ Das solche Spiel ist zunächst von Güth, Schmittberger und Schwarze an der Kölner Universität durchgeführt worden. Vgl. *Güth/Schmittberger/Schwarze*, *J. Econ. Beh. Org.* 3 (1982), 367 ff.

¹³⁹ Beispielsweise hat A den Entwurf aufgestellt, dass er sich selbst 5 € und dem B 5 € zuteilt; wenn B diesem Entwurf zustimmt, erhält er 5 € und A auch 5 €; wenn B diesen Entwurf ablehnt, erhalten er und A beiden nichts.

Mitglieder A stellt den bescheideneren Entwurf auf und teilt sich mit B den Geldbetrag; wenn A den egoistischen Entwurf aufstellen, nach dem A den ganzen Geldbetrag erhalten wird, lehnen B diesen Entwurf als Strafe ab.¹⁴⁰

Das Diktatorspiel ist sehr ähnlich wie das Ultimatumspiel, der Unterschied liegt nur darin, dass beim Diktatorspiel dem Mitglieder der Gruppe A die Disposition zur Verteilung des Geldbetrags zusteht, die vom Mitglieder der Gruppe B in Kauf genommen werden muss.¹⁴¹ Es ist durch das Experiment gezeigt, dass ungefähr 75% der Probanden der Gruppe A den ganzen Geldbetrag halbieren und der B das eine Teil des Geldbetrags geben; falls der Geldbetrag nicht zwischen A und B gleichmäßig verteilt, werden ca. 88% der Probanden der Gruppe A, die vorher den ganzen Geldbetrag halbierten, danach auf ihr eigenes Geld in Höhe von 1 € zu verzichten, um die „egoistischen“ Probanden der Gruppe A, die sich vorher nicht mit B den ganzen Geldbetrag teilten, zu bestrafen.¹⁴²

Es scheint also, dass die Probanden in solchen Spielen die Interessen der anderen berücksichtigten und daher die Fairnessannahme des menschlichen Verhaltens zu bejahen ist. Dagegen spricht, dass die Leiter der Spiele den Probanden tatsächlich keinen Geldbetrag geben. Dieser Einwand ist meiner Meinung nach maßgebend: Wenn den Probanden bei beiden Spielen nicht tatsächlich gezahlt wird, betragen die monetären Opportunitätskosten des entweder egoistischen oder bescheidenen Verteilungsentwurfs für diese Probanden nur 0 €, dann die Entscheidung zwischen dem egoistischen und bescheidenen Entwurf ist den Probanden gleichgültig.¹⁴³ Die von den meisten Probanden getroffene Entscheidung, bevorzugt den bescheidenen Verteilungsentwurf aufzustellen, impliziert nur, dass ohne die Vergütung die meisten Probanden nicht auf ihr Fairnesscharakter bzw. ihre gute Moralen verzichten wollten. Die gute Moral gehört in der realen Welt natürlich dem ökonomischen Gut; der egoistische Akteur hat keinen Anreiz, ohne Kompensation auf seine gute Moral zu verzichten. Hat ein Proband den egoistischen Verteilungsentwurf gewählt, zeigt er zugleich gegenüber den Leitern des Spiels und wahrscheinlich auch gegenüber den anderen Probanden seine schlechte Moral, d.h. er verkauft zugleich seine gute Moral, aber ohne irgendwelchen Ersatz. Dies wird nicht von einem egoistischen Akteur getan. Er wird seine gute Moral aufgeben, nur wenn ihm die genügende Vergütung gezahlt wird.

¹⁴⁰ Vgl. Güth/Schmittberger/Schwarze, J. Econ. Beh. Org. 3 (1982), 367, 379 Das gleiche Ergebnis ist durch das Experiment von Kahneman, Knetsch und Thaler bestätigt, Vgl. Kahneman/Knetsch/Thaler, J. Bus. 59 (1986), 285, 291.

¹⁴¹ Beispielsweise hat A beschlossen, dass er sich selbst 10 € und dem B 0 € zuteilt, dann darf B diese Zuteilung nicht ablehnen.

¹⁴² Vgl. Kahneman/Knetsch/Thaler, J. Bus. 59 (1986), 285, 290.

¹⁴³ Im Experiment von Güth ist gar kein Geld ausgegeben; in dem von Kahneman geleiteten Experiment wird 16 Probanden im Ultimatumspiel und 30 Probanden im Diktatorspiel gezahlt, aber die Summe der Probanden in beiden Spielen beträgt 161.

Dieser Einwand gegen die Fairnessannahme ist durch weiterführende Spiele bestätigt. Bei einem gezahlten Diktatorspiel wurde nur 21% der Probanden den Geldbetrag gleichmäßig verteilt, hingegen wurden 36% der Probanden (falls der Geldbetrag 5\$) und 21% der Probanden (falls der Geldbetrag 10\$) den ganzen Geldbetrag besitzen.¹⁴⁴ Bei einem anderen gezahlten Diktatorspiel war das anonyme Verfahren so strikt durchgeführt, dass der Leiter und die Probanden den Verteilungsentwurf der anderen Probanden nicht kannten. Dies hat zur Folge, dass der Proband beim egoistischen Verteilungsentwurf auch seine egoistische Entscheidung verstecken kann, das bedeutet, dass der Proband ohne Kosten seiner guten Moral den egoistischen Verteilungsentwurf auswählen kann. In diesem Fall wird mehr als 60% der Probanden den ganzen Geldbetrag ausschließlich besitzen.¹⁴⁵ Daraus ist erkennbar, dass beim gezahlten Diktatorspiel die Fairnessannahme nicht begründet werden kann.¹⁴⁶

Beim gezahlten Ultimatumspiel ist auch die Fairnessannahme durch die statistische Analyse widerlegt. Hier kann das Ergebnis des gezahlten Ultimatumspiels durch die Property-Right-Theorie erklärt werden: Das Ablehnungsrecht der B stellt sich als das ökonomische Gut dar und wird nur gegen die Geldzahlung aufgegeben; der Kauf dieses Ablehnungsrechts bringt für A den Vorteil, dass A gem. dem Verteilungsentwurf das Geld erhalten kann. Auf dieser Grundlage beschäftigt sich das gezahlte Ultimatumspiel mit der Frage, wie hoch der Preis des Ablehnungsrechts beim Gleichgewichtszustand ist. Beim anonymen Verfahren, wo sprachliche und verbale Kommunikation verboten ist, beträgt dieser Preis durchschnittlich die Hälfte des ganzen Geldbetrags. Wenn beim gezahlten Ultimatumspiel ein Anbieter des Verteilungsentwurfs gegenüber mehreren Adressanten steht, also ein Käufer des Ablehnungsrechts gegenüber mehreren Anbietern des Ablehnungsrechts steht, wird der Preis des Ablehnungsrechts niedriger;¹⁴⁷ steht ein Anbieter des Ablehnungsrechts gegenüber mehreren Käufern, wird der Preis des Ablehnungsrechts höher.¹⁴⁸ Dieses Ergebnis entspricht natürlich dem Nachfragegesetz, das von dem individuellen Egoismus vorausgesetzt ist. Außerdem kann das gezahlte Ultimatumspiel nicht wie das Diktatorspiel so strikt anonym durchgeführt werden, denn die Leiter des Ultimatumspiels nur bei Kenntnis der Ergebnisse und der Probandeninformationen das Geld ausgeben können.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund muss der Proband bei diesem Beispiel immer berücksichtigen, wie hoch moralische Kosten er beim egoistischen Verteilungsentwurf

¹⁴⁴ Vgl. *Forsythe/Horowitz/Savin u.a.*, Gam. Econ. Behav. 6 (1994), 347, 357.

¹⁴⁵ *Hoffman/McCabe/Smith*, Am. Econ. Rev. 86 (1996), 653 ff. Dabei wird ein Trendenz aufgewiesen: je strikter das anonyme Verfahren ist, desto höher wird die Anzahl der Probanden, die selbst den ganzen Geldbetrag besitzen.

¹⁴⁶ Vgl. *Forsythe/Horowitz/Savin u.a.*, Gam. Econ. Behav. 6 (1994), 347.

¹⁴⁷ Dabei handelt es sich um das Ultimatumspiel mit Responder-Konkurrenz. Vgl. *Grosskopf*, Exp. Econ. 6 (2003), 141, 146.

¹⁴⁸ Dabei handelt es sich um das Ultimatumspiel mit Anbieter-Konkurrenz. Vgl. *Roth/Prasnikar/Okuno-Fujiwara u.a.*, Am. Econ. Rev. 81 (1991), 1068, 1075–1082.

¹⁴⁹ Dies zeigt sich beim Vorgang des Ultimatumspiels. Siehe etwa *Grosskopf*, Exp. Econ. 6 (2003), 141, 143; *Roth/Prasnikar/Okuno-Fujiwara u.a.*, Am. Econ. Rev. 81 (1991), 1068, 1073.

erleidet. Die Berücksichtigung auf die Fairness entspricht dabei der Annahme des individuellen Egoismus.

3. Die Rationalitätsannahme

Unter der Rationalitätsannahme versteht man also, dass der Akteur mit Rücksichtnahme auf seine Restriktionen sein persönliches Interesse maximiert. Allerdings glauben viele daran, dass der Akteur wegen der fehlenden Informationen und Kalkulationsfähigkeit nicht immer in der Lage sei, sein Interesse durch das optimale Verhalten zu maximieren; der Akteur verhalte sich also in der Tat beschränkt rational (die beschränkte Rationalität). Die Debatte um die Rationalitätsannahme ist meiner Meinung nach vermeidbar und unnötig, weil die Verfechter der beschränkten Rationalität in der Tat einen anderen Begriff der Rationalität unterstellen, die nicht im Einklang mit der wissenschaftlichen Ökonomik steht.

a) Die Rationalität als methodologische Annahme

Es gibt zurzeit drei Versionen der Rationalität in der Ökonomik: die normative, empirische und methodologische Rationalitätsannahme. Die normative Version bezeichnet sich als ein Kriterium für die rationale Handlung, durch das zu beurteilen ist, wie eine optimale Handlung sein soll; bei der empirischen Rationalität handelt es sich darum, wie der Akteur in der realen Welt tatsächlich rational bzw. optimal handelt. Diese beiden Versionen der Rationalität hängen miteinander zusammen: durch die Annahme, dass sich das Individuum tatsächlich rational verhält, ist nach dem Kriterium der normativen Rationalität zu erklären oder zu prognostizieren, wie das Individuum tatsächlich handeln soll.¹⁵⁰ Die empirische Version der Rationalität ist allerdings durch empirische Forschung widerlegt: der Akteur verhält sich in der realen Welt nicht entsprechend dem Kriterium der Rationalität, denn die tatsächliche Entscheidung wird unter Umständen der unvollständigen Informationen und der beschränkten Kenntnislage getroffen.¹⁵¹ Auf der Ebene des ökonomischen Systems lässt sich aus der Rationalität des jeden Akteurs ableiten, dass jeder Akteur die ähnliche Nutzenfunktion, die gemeinsamen Kenntnisse über den Preismechanismus und die vollständigen Informationen hat, sonst brächen die grundlegenden Konzepte der neuklassische Ökonomik – Gleichgewicht, Konkurrenz und die Vollständigkeit des Markts – zusammen;¹⁵² diese Schlussfolgerung widerspricht natürlich der Realität.¹⁵³

¹⁵⁰ Vgl. *Sen*, *Economics and Philosophy* 21 (2005), 5, 8; *Kirchgässner*, *Swiss Society of Economics and Statistics* 149 (2013), 1.

¹⁵¹ Vgl. *Simon*, *Q. J. Econ.* 69 (1955), 99, 106.

¹⁵² Vgl. *Arrow*, *J. Bus.* 59 (1986), S385-S399 ff.

¹⁵³ Aus dieser Schlussfolgerung ist auch entnommen, dass das Gleichgewicht spontan und unmittelbar erreicht würde und das Marktgeschäft (Trade-off) nur in sehr geringer Maß stattfände; dies stellt keineswegs die Tatsache dar. Das heißt, dass die Rationalitätsannahme in der neuklassischen Ökonomik sich selbst widersprechen dürfte. Vgl. *ders.*, *J. Bus.* 59 (1986), S385-S399, 394.

Hingegen ergibt sich aus der methodologischen Version der Rationalität, dass der Akteur unter der Berücksichtigung der vorgelegten Restriktionen (Randbedingungen) immer angemessen handelt. Die so gemeinte Rationalitätsannahme ist von Popper vertreten¹⁵⁴, und stellt auf die Wissenschaftlichkeitsanforderung der Ökonomik ab. Wenn das menschliche Verhalten nicht angemessen und somit willkürlich wäre, wäre es nicht erklärbar; nur wenn das menschliche Verhalten methodologisch als angemessen bewertet wird, kann seine Erklärung durch den ökonomischen Ansatz erst möglich sein. Wie schön erwähnt, die ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens ist auf das ökonomische Gesetz und die relevanten Restriktionen (Randbedingungen) zurückzuführen, in der Regel ist bei fehlerhafter Erklärung nicht die Rationalitätsannahme zu verneinen, sondern die Restriktionen erneut zu bestimmen.¹⁵⁵ Daraus ergibt sich, dass das menschliche Verhalten dann als rational angesehen und daher erklärbar ist, wenn man angemessene Restriktionen in das ökonomische Modell einsetzt,¹⁵⁶ d.h. das rationale Verhalten ist immer restriktiv optimal. Die fehlenden Informationen und Kenntnisse, die zur „irrationalen“ Handlung des Akteurs führen, können angesichts der methodologischen Rationalitätsannahme als die Restriktionen des menschlichen Verhaltens angesehen werden.¹⁵⁷ Da die Beschaffung der vollständigen Informationen und Kenntnisse bei menschlicher Entscheidung in der Regel nicht kostenlos ist,¹⁵⁸ ist diese „irrationale“ Handlung dann für rational gehalten, wenn die konkreten Restriktionen dazu führen, dass der Gewinn aus solchen Informationen und Kenntnissen kleiner als die zur Beschaffung solchen Informationen und Kenntnissen hinzunehmenden Kosten ist.¹⁵⁹

Nimmt man die Rationalität als methodologische Annahme an, kann sie durch die kritische Prüfung weder bewährt noch widerlegt werden, weil nur die empirische

¹⁵⁴ Vgl. *Popper*, Framework, S. 169–182. Diese Version der Rationalität ist auch von Kirchgässner als „das schwache Rationalitätsprinzip“ genannt, siehe in: *Kirchgässner*, Swiss Society of Economics and Statistics 149 (2013), 1, 8.

¹⁵⁵ Vgl. *Popper*, Framework, S. 177.

¹⁵⁶ Die Rationalitätsannahme spielt hier die ähnliche Rolle wie das Kausalitätsprinzip in Naturwissenschaften, die Rationalität des menschlichen Verhaltens spricht für seine Erklärbarkeit; „the attempt to replace the rationality principle by another one seems to lead to complete arbitrariness in our model-building“. *ders.*, Framework, S. 178. Übereinstimmend in *Kirchgässner*, Swiss Society of Economics and Statistics 149 (2013), 1, 7.

¹⁵⁷ Diese Art der Restriktionen ist vom Simon als „die inneren Restriktionen“ genannt. Vgl. *Simon*, Q. J. Econ. 69 (1955), 99, 101.

¹⁵⁸ Hier ist zu beachten, dass Informationen und Kenntnisse zum öffentlichen Gut gehören und ihre Grenzkosten null sind. Dies bedeutet nicht, dass sie kostenlos angeboten sind. Man kann durch ihre vielfältigen Medien von ihren Verbrauchern die Gebühren nehmen, z.B. die Kosten der Informationen sind regelmäßig durch die Zeitlänge der Beratungsdienstleistungen gemessen, die Kosten der Kenntnisse durch die begrenzten Studienplätze an der Universität. Siehe etwa *Cheung*, SoD 2010, S. 217–221. Für das öffentliche Gut ist die Fragestellung, ob es bezahlt werden soll, nichtzutreffend; richtiger ist die Fragestellung, ob und wie es durch welche Medien in der Tat bezahlt wird. Vgl. *Coase*, J. Law Econ. 17 (1974), 357, 374–376.

¹⁵⁹ Vgl. *Becker*, öAEmV 1982, S. 5; *Kirchgässner*, Analyse & Kritik 10 (1988), 107, 110.

Aussage widerlegbar ist. Dies besagt nicht, wie Albert kritisiert,¹⁶⁰ dass die Rationalitätsannahme dadurch dogmatisiert ist und a priori Gültigkeit impliziert.¹⁶¹ Es gibt zwar keine sichere Begründung für sie, aber vom methodologischen Standpunkt aus gilt sie als methodologische Festsetzung, sie ist zurzeit deshalb in Anspruch genommen, weil sie geeignet zur Verwirklichung der Zielsetzung der Ökonomik als Wissenschaft ist und große Beiträge zum Fortschritt der ökonomischen Erkenntnisse leistet.

b) Die beschränkte Rationalität durch den Framingeffekt?

Die Rationalitätsannahme ist auch von Verhaltensökonomen in Frage gestellt, insbesondere durch den bei Experimenten festgestellten Besitz- und Framingeffekt. In dieser Arbeit sind die Ergebnisse, durch die der Besitz- und Framingeffekt bestätigt worden sind, nicht verneint, sondern im Rahmen der Rationalitätsannahme zu erklären, um es zu zeigen, dass diese Ergebnisse eigentlich mit der Rationalitätsannahme vereinbar sind und die Annahme der beschränkten Rationalität daher nicht notwendig ist. Die Erklärung des Besitzeffekts ist bei Rechtfertigung des Coase-Theorems vorzunehmen, hier ist nur auf den Framingeffekt einzugehen.

Der Framingeffekt besagt, dass die Entscheidung des Akteurs zwischen den verfügbaren Alternativen erheblich von den Ausdrucksweisen dieser Alternativen beeinflusst wird. Das berühmte Beispiel dafür ist das von Kahneman und Tversky angeführte Gedankenexperiment „Asian Disease Szenario“, bei dem es um einen speziellen Fragenbogen geht: Eine Krankheit bedroht das Leben von 600 Menschen, die erste Fragestellung F1 ist die Wahl zwischen der Therapie A und B: mit der Wahl der A sind 200 Menschen mit Sicherheit geheilt, mit der Wahl der B sind diese 600 Menschen mit Wahrscheinlichkeit von 1/3 geheilt und mit Wahrscheinlichkeit von 2/3 wegen der Krankheit gestorben. Das Ergebnis dieser Frage lautet, dass 72% der Probanden die Therapie A wählt. Die nächste Fragestellung F2 ist die Wahl zwischen der Therapie C und D: mit der Wahl der C sind 400 Menschen mit Sicherheit wegen der Krankheit gestorben, mit der Wahl der D ist mit der Wahrscheinlichkeit von 1/3 niemand gestorben und sind mit der Wahrscheinlichkeit von 2/3 alle 600 Menschen gestorben, das Ergebnis dieser Fragestellung lautet, dass 78% der Probanden die Therapie D wählt. Der Erwartungswert dieser vier Therapien ist eigentlich gleich und beträgt 200 (überlebende Menschen) oder 400 (gestorbene Menschen); die Therapie A und C sind inhaltlich völlig gleich, die Therapie B und D sind auch inhaltlich

¹⁶⁰ „Das Prinzip ist durchaus vereinbar mit dogmatischem Verhalten, also mit der Weigerung, auf kritische Argumente einzugehen und aus Irrtümern zu lernen.“ *Albert*, EuS 2003, S. 33.

¹⁶¹ Vgl. *Popper*, *Framework*, S. 177. Allerdings ist auf derselben Seite von Popper geschrieben: „the rationality principle, even in my minimum formulation, is actually false, though a good approximation to truth.“ Dies widerspricht also der methodologischen Annahme des Rationalitätsprinzips, denn nur die empirische Aussage kann falsch oder wahr sein. Hier macht Popper einen Fehler, aber seine grundlegende Idee über die methodologische Rationalitätsannahme in Sozialwissenschaften ist zutreffend.

völlig gleich, unterschiedlich sind ihre jeweiligen Darstellungen. Es ist von der Verhaltensökonomik behauptet, dass das Ergebnis der Wahl zwischen A und B und das zwischen C und D identisch sein sollten, wenn die Rationalitätsannahme richtig und somit die Präferenz der jeweiligen Probanden konsistent wäre; da das Ergebnis der F1 von dem der F2 unterschiedlich sei, sei die Rationalitätsannahme widerlegt. Beim Ausdruck der F1 handle es sich darum, wie viele Menschen gerettet würden, nämlich um den Gewinn-Framing, wo die Risikoscheu-Entscheidung vorzuziehen sei; beim Ausdruck der F2 handle es sich darum, wie viele Menschen gestorben werden, nämlich um den Verlust-Framing, wo die Risikofreude-Entscheidung vorzuziehen sei; die unterschiedlichen Framings hätten also einen erheblichen Einfluss auf die menschliche Entscheidung.¹⁶²

Ungeachtet davon, ob die Probanden der präzisen Kalkulation fähig sind,¹⁶³ werden im Folgenden gegen den Framingeffekt eingewendet, dass durch die oben ausgeführten Ergebnisse die Rationalitätsannahme nicht falsifiziert werden kann. Der erste Einwand besteht darin, dass die Designer dieser beiden Fragen nicht in Kenntnis nehmen, dass sie die Probanden als Diktatoren der 600 kranken Menschen eingesetzt haben, weil nur der Diktator über das Schicksal des menschlichen Lebens entscheiden darf. In der realen Welt müssen sich die 600 kranken Menschen selbst für die Therapie entscheiden, und vom Standpunkt des jeweiligen Patienten aus sind die Therapien A, B, C und D miteinander völlig gleich, ihre Heilungswahrscheinlichkeit beträgt gegenüber dem individuellen Patienten immer 1/3. Dies ist unterschiedlich von den Situationen der beiden Fragenstellungen, wo die Probanden als Diktator der 600 kranken Menschen stillschweigend untergestellt sind. Für jeden Diktator gehört die Legitimität seiner Herrschaft zum ökonomischen Gut, um die tatsächliche und potentielle Diktatoren miteinander konkurrieren; diese Legitimität in diesen beiden Fragen ist vom Eindruck der 600 kranken Menschen über die persönliche Charisma der Diktatoren abhängig: die Legitimität der Herrschaft des Diktators wird höher, wenn durch die vom Diktator gewählte Therapie der Eindruck entsteht, dass der Diktator den größten Wert auf das Leben der kranken Menschen legt. Beim Gewinn-Framing ist deshalb die Risikoscheu-Entscheidung vorzuziehen, weil dadurch der Eindruck entstehen kann, dass der Proband als Diktator das Leben der Patienten nicht wie die Spielmarke riskieren wollte;¹⁶⁴ beim Verlust-Framing ist deshalb die Risikofreude-Entscheidung vorzuziehen, weil sich dadurch der Eindruck entstehen lässt,

¹⁶² Vgl. *Tversky/Kahneman*, Science 211 (1981), 453, 453.

¹⁶³ Der Einfluss der Kalkulationsfähigkeit bei unterschiedlichen Altersgruppen auf den Framingeffekt wird verringert, wenn vorher die genügenden Informationen bei der Anleitung der Fragenstellung geboten sind. *Thomas/Millar*, The journals of gerontology. Series B, Psychological sciences and social sciences 67 (2012), 139 ff. Da die Probanden im Experiment von Tversky/Kahneman sind Studenten an der Universität, die genügende Kalkulationsfähigkeit besitzen, kann man dabei den Einfluss der Kalkulationsfähigkeit ausschließen.

¹⁶⁴ Aus dem Ausdruck „mit der Wahl der B sind diese 600 Menschen mit Wahrscheinlichkeit von 1/3 geheilt und mit Wahrscheinlichkeit von 2/3 wegen der Krankheit gestorben“, entsteht leicht der Eindruck, dass der Proband als Diktator ein Wettspiel vorzieht, als die Rettung der kranken

dass der Proband als Diktator das Leben der Patienten möglichst retten wollte;¹⁶⁵ bei beiden Framings wird durch die gewählte Therapie die Legitimität des Diktators erhöht, was gar nicht als Widerspruch der Präferenzkonstanz oder der Rationalitätsannahme betrachtet werden darf, weil der Proband als Diktator beim gleichen Erwartungswert der unterschiedlichen Therapien rational die solche Therapie wählen wird, die die Legitimität seiner Herrschaft erhöhen kann.¹⁶⁶

Selbst wenn die 600 kranken Menschen durch die 600 kranken Hühner ersetzt werden und daher die jeweiligen Probanden als Eigentümer dieser Hühner eingesetzt sind, verhalten sich die Designer allerdings selbst als die Diktatoren, weil sie die Auswahlmöglichkeiten der Eigentümer der Hühner unrealistisch erheblich beschränken. In der Realität sind die Landwirte nicht so dumm, dass sie sich nur auf die Therapie A und B oder die Therapie C und D beschränken, ohne die Berücksichtigung auf die aus den jeweiligen Therapien entstandenen Kosten; in der Realität können die Landwirte sehr wahrscheinlich diese 600 kranken Hühner töten, wenn die Therapiekosten höher als die Kosten zum neuen Kaufen der 200 gesunden Hühner am Markt sind, oder sie können über die gemischten Strategien entscheiden, die zum gleichen Zweck die niedrigsten Kosten dienen.¹⁶⁷ Diese Möglichkeiten sind von den

Menschen; dieser Eindruck ist stärker, falls man die Therapie B mit der Therapie A vergleicht, mit der „200 Menschen mit Sicherheit geheilt“ werden.

¹⁶⁵ Mit der Wahl der Therapie C, mit der „400 Menschen mit Sicherheit wegen der Krankheit gestorben“ sind, erregt sich leicht der Eindruck der Patienten, dass der Proband als Diktator verschulden für die Tötung der 400 Menschen ist; mit der Wahl der Therapie D, mit der „mit der Wahrscheinlichkeit von 1/3 niemand gestorben ist und mit der Wahrscheinlichkeit von 2/3 alle 600 Menschen gestorben sind“, erregt sich also der Eindruck, dass der Diktator etwas Beiträge zur Rettung der kranken Menschen geleistet hat.

¹⁶⁶ In den Fragenstellungen sind die endgültigen Folgen (also die gestorbenen oder geheilten Menschen) durch die Krankheit und die ausgewählte Therapie zu bestimmen. Sowohl im Gewinn- als auch im Verlust-Framing ist unbeachtlich, dass eigentlich die Krankheit zur Tötung der Menschen führt und die Therapie zur Heilung der Menschen. Allerdings scheint es beim Verlust-Framing, dass die Therapie zur Tötung der Menschen führen würde und dann der diese Therapie wählende Diktator (oder auch die Behörde) schuldig dafür wäre. Deshalb ist in der Realität immer die von Menschen getroffene Entscheidung mit dem Gewinn-Framing verbunden, die von Menschen nicht kontrollierbaren, zur negativen Folge führenden Faktoren mit dem Verlust-Framing verbunden; z.B. beim Hochwasser ist die solche Darstellung typisch: „die Hochwasser hat X Menschen getötet, aber die Regierung hat die zutreffende Maßnahme getroffen, durch die Y Menschen gerettet werden.“ Dies entspricht jedenfalls der Rationalitätsannahme, weil dabei die Legitimität der Regierung als das ökonomische Gut mit dieser Darstellung geschützt wird. Umgekehrt dient diese Darstellung „trotz der von der Regierung vorgenommenen Maßnahme sind beim Hochwasser Z Menschen gestorben“, typisch zur Kritik der Regierung.

¹⁶⁷ Die gemischten Strategien werden niemals in der Realität von den Landwirten vorgenommen, weil niemand als Kunde das Fleisch der einmal gekrankten Hühner kaufen will, selbst wenn diese Hühner später geheilt werden können; deshalb werden die Landwirte bei Entdeckung der Krankheit der Hühner so schnell wie möglich und so präzise wie möglich die gekrankten Hühner töten. Bei unheilbaren oder unkontrollierbaren menschlichen Infektionskrankheiten gilt in der Tat das Ähnliche: die kranken Menschen werden isoliert.

Designern von Anfang an ausgeschlossen, und die Ergebnisse der Experimente haben daher gar keine Prüfungskraft. Der Einwand, dass der Verhaltensökonom bei der Konstruktion des Experiments sich als der Diktator verhält und die Auswahlmöglichkeiten der Probanden erheblich beschränkt, ist so allgemein, dass er dann irrtümlich daran denkt, dass sich der freiwillige Akteur irrational verhielt und daher der Paternalismus erforderlich ist. Der Verhaltensökonom handelt also vom Anfang bis zum Ende stets als der Diktator des freiwilligen Akteurs, ist dies rational?

V. Das ökonomische Gesetz

Wie bereits erklärt, zur wissenschaftlichen Erklärung des menschlichen Verhaltens ist das ökonomische Gesetz erforderlich, das sich aus den grundlegenden Annahmen der Ökonomik ableiten lässt. In Betracht kommen zurzeit zwei grundlegende ökonomische Gesetze, nämlich das Gesetz der Nutzenmaximierung und das Nachfragegesetz. Die Frage danach, welches Gesetz auszuwählen ist, gehört zu den wissenschaftsmethodologischen Fragen und wird hier nach der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus beantwortet. Aber zunächst werden einige Basisbegriffe, die in beiden Gesetzen enthalten sind, auseinandergesetzt, um das Verständnis dieser beiden Gesetze zu erleichtern. Danach werden die Inhalte und die Arbeitsweisen entsprechend diesen beiden Gesetzen erklärt, wodurch die unterschiedliche Erklärungskraft der beiden Gesetze veranschaulicht wird. Am Ende wird begründet, warum zum Zweck der wissenschaftlichen Ökonomik das Gesetz der Nutzenmaximierung aufzugeben und das Nachfragegesetz auszuwählen ist.

1. Einige Basisbegriffe

Hier handelt es sich um die Begriffe von Präferenz, Nutzen, Kosten und Preis. Das richtige Verstehen dieser Begriffe bringt sowohl den Anhängern als auch den Kritikern der Rechtsökonomik den Vorteil, beispielsweise dürften die Debatten zwischen ihnen im großen Teil vermieden werden, wenn es vorher richtig erfasst wird, dass der Begriff des Nutzens bei der aktuellen ökonomischen Analyse nichts mit dem Utilitarismus zu tun hat und nur die deskriptive Bedeutung hat, und dass es beim Gedanken der Kosten nicht ausschließlich um die Rechnung vom monetären Gewinn und Verlust geht.

a) Präferenz

Die Präferenz bezeichnet sich als die Neigung des Akteurs zu einem Bündnis der ökonomischen Güter gegenüber einem anderen Bündnis; es ist durch die Präferenzordnung eines Individuums festzulegen, ob für ihn das eine Bündnis der ökonomischen Güter A gegenüber dem anderen B bevorzugt oder indifferent ist. Die Präferenz des Akteurs für A gegenüber B besagt also, dass dieser Akteur nicht B, sondern A wählen wird, wenn die beiden Bündnisse für ihn kostenlos verfügbar sind. Es wird

in der Ökonomik angenommen, dass die Präferenzordnung eines Individuums transitiv ist,¹⁶⁸ d.h. wenn beispielsweise ein Akteur dem Bündnis A vor dem Bündnis B und B vor dem C bevorzugt, ergibt sich daraus, dass für ihn A vor dem C bevorzugt ist; die Präferenzordnung stellt also die vollständige Reihenfolge der Präferenz des Akteurs bei sämtlichen Bündnissen ökonomischer Güter dar.

Zur ökonomischen Erklärung muss man gleichzeitig zwei Thesen über die Präferenz einhalten: die Präferenz eines Individuums ist stabil, und die Präferenz ist getrennt von der Restriktion. Allerdings bezweifeln viele Ökonomen die These der Präferenzstabilität, gegen die sie eingewendet haben, dass sich die individuelle Präferenz nach Ablauf der Zeit, oder durch kommerzielle Werbungen oder durch den Konsum der süchtig machenden Güter ändern könne. Dieser Einwand ist leider nicht überzeugend. Zunächst ist von ihnen irrtümlich angenommen, dass die Entscheidung des Akteurs entlang seiner Präferenz kostenlos ist; selbst wenn dem Akteur die Alternativen kostenlos angeboten sind, soll er selbst vorher seine Präferenz richtig entdecken, was keineswegs in der realen Welt kostenlos ist. Dies ist mit einem einfachen Beispiel veranschaulicht: Eine Person, die vorher den Apfel nicht sah und auch keine theoretischen Kenntnisse über den Apfel besaß, wird den Orange wählen, wenn die beiden Früchte für sie kostenlos verfügbar sind; durch die gesammelte Erfahrung entdeckt sie, dass er eigentlich den Apfel vor dem Orange bevorzugt. Können wir in diesem Fall die Präferenzänderung dieser Person beanspruchen? Die Antwort lautet „Nein“, denn der Akteur könnte bei fehlenden Informationen die Entscheidung nicht entlang seiner Präferenz treffen; verfügt er hinreichende Informationen über die zu wählenden Alternativen, wird er die Entscheidung entsprechend seiner Präferenz treffen. Diese Informationen können vom Anbieter der ökonomischen Güter durch kommerzielle Werbungen oder vom Akteur selbst durch Erfahrungssammeln erlangt werden, und führt aufseiten des Akteurs zur Kosten- bzw. Preissenkung dieser ökonomischen Güter; gem. dem Nachfragegesetz ändert sich die Entscheidung des Akteurs, wenn sich der Preis der ökonomischen Güter sinkt, was aber keineswegs auf die Präferenzänderung hinweist.¹⁶⁹

Außerdem ist zur Wissenschaftlichkeit der Ökonomik das Festhalten an der Präferenzstabilität erforderlich. Wenn die Präferenzstabilität abzulehnen wäre, könnte jede beliebige Änderung menschlicher Handlung „unter Hinweis auf Veränderungen in den Präferenzen >erklärt< werden. Solange die Präferenzen nicht unabhängig von den Handlungsweisen beobachtbar sind, lassen sich solche Aussagen nicht widerlegen: ihr empirischer Gehalt ist leer.“¹⁷⁰ Das heißt also, dass durch den Rekurs auf die Präferenzänderung kann jegliches menschliche Verhalten zwar erklärt, aber niemals

¹⁶⁸ Varian, Mikroökonomik, S. 37.

¹⁶⁹ Stigler/Becker, Am. Econ. Rev. 67 (1977), 76, 77-80, 83-87.

¹⁷⁰ Kirchgässner, HO 1991, S. 39.

empirisch überprüft werden.¹⁷¹ Dies widerspricht der Wissenschaftsanforderung der ökonomischen Erklärung. Nur beim Festhalten an der Präferenzstabilität hat man den Anreiz, um der Wissenschaftsanforderung der Ökonomik zu nachkommen, das menschliche Verhalten durch die Zurückführung auf das ökonomische Gesetz und die Bestimmung genauerer Restriktionen zu erklären, die beobachtbar und somit überprüfbar sind. Bei vielen ökonomischen Erklärungen, durch die die Präferenzstabilität bezweifelt oder zurückgewiesen ist, ist die Präferenz in der Regel mit den festgesetzten Restriktionen verwechselt, z.B. Eidenmüller vertritt also die Auffassung, dass rechtliche Normen und politische Umfelde menschliche Handlungen bewirken und daher die präferenzbeeinflussende Auswirkung haben könnten,¹⁷² diese Auffassung ist falsch, denn rechtliche Normen und politische Umfelde sind Bestandteil der Randbedingungen des menschlichen Verhaltens und gehören daher sicherlich den Restriktionen an.¹⁷³ Wenn man bei ökonomischen Erklärungen die Unterscheidung zwischen Präferenz und Restriktion streng einhält und in den Fällen der menschlichen Handlungsänderungen nach den notwendigen geänderten Restriktionen sucht, kann man mühelos an der These der Präferenzstabilität festhalten.¹⁷⁴ Bei Änderungen menschlichen Handlungen geschehen gleichzeitig die Änderungen des Güterpreises und des Einkommens, zur Erklärung dieser Handlungsänderungen braucht man also festzulegen, welche geänderte Randbedingungen (Restriktionen) die Änderungen des Güterpreises und des Einkommens hervorbringen, und die Berufung auf die Präferenzänderung ist weder notwendig noch hilfreich.¹⁷⁵

b) Nutzen

Das Konzept des Nutzens war ursprünglich vom Utilitarist Jeremy Bentham im Bereich der Ökonomik eingeführt, um Leid und Freude des Menschen zu messen. Ohne

¹⁷¹ Becker ist auch der Meinung: "If tastes were entered as a variable into [demand function] ... the resulting function would necessarily explain 100 percent of the variation in consumption among maximizing consumers." *Becker/Grossman*, *Economic Theory*, S. 43.

¹⁷² Vgl. *Eidenmüller*, *EaR* 2015, S. 342–345.

¹⁷³ Dieser Fehler ist gravierender beim Eidenmüllers Buch „Effizienz als Rechtsprinzip“, dessen vierte Teil basiert auf diesem Bedenken, dass die Präferenzautonomie als normatives Prinzip untergestellt sei und wegen der Existenz der schadensstiftenden oder freiheitsgefährdenden Präferenz keine unbeschränkte Gültigkeit beanspruche, deshalb sei es vorzuschlagen, durch den Einsatz bestimmter Rechtsnormen die menschliche Präferenz umzubilden, damit die gefährliche externe Präferenz entzogen sei. Vgl. *ders.*, *EaR* 2015, 335–351, 389–391. Da durch die Änderung der Rechtsnormen nicht die Präferenzen des Akteurs, sondern seine Restriktionen geändert werden, dürften die völligen Auseinandersetzungen im vierten Teil dieses Buches fehlerhaft sein.

¹⁷⁴ Vgl. *Kirchgässner*, *HO* 1991, S. 41–43.

¹⁷⁵ Vgl. *Becker/Grossman*, *Economic Theory*, S. 44. Daneben ist auch die Konstruktion einer richtigen Nachfragekurve zur ökonomischen Erklärung wichtig, denn die Preis- und Ausgabeänderung eines ökonomischen Gutes sind nicht mit der falschen Nachfragekurve vereinbar, was irrtümlich auf die Präferenzänderung hinweisen kann; wenn die relevanten Nachfragekurven richtig formuliert werden, kann die Konsumänderung der ökonomischen Güter durch die Preis- und Ausgabeänderung erfolgreich erklärt werden, es ist kein Grund für die Präferenzänderung gefunden. Dies zeigt sich durch die Analyse der Konsumänderung des roten Fleisches in den USA und in Australien von Chalfant und Alston. Vgl. *Chalfant/Alston*, *J. Pol. Econ.* 96 (1988), 391, 399–408.

Begründung ist von ihm angenommen, der Nutzen stelle sich als die objektive Skala des menschlichen Glücks dar, er sei interpersönlich vergleichbar und addierbar, und der endgültige Zweck der Gesetzgebung liege an der Maximierung der gesellschaftlichen Nutzensumme.¹⁷⁶ Offensichtlich denkt der Utilitarist daran, dass die Nutzenskala – wie die Skala der Höhe oder des Gewichts – kardinal messbar sei, bei der die interpersönliche Vergleichung der Nutzenhöhe zulässig sei. Dieser kardinale Nutzenbegriff ist auch von Alfred Marshall übernommen, er als Anführer des Marginalismus bejahte das Gesetz des abnehmenden Grenznutzens und nahm weiter an, der Grenznutzen eines ökonomischen Gutes sei konstant proportional zu seinem Marktpreis (der konstante Grenznutzen des Gelds).¹⁷⁷ Allerdings ist niemals möglich und durchsetzbar, durch irgendwelche Methode eine objektive (bzw. intersubjektive) kardinale Nutzenskala zu finden,¹⁷⁸ weil derartiger Nutzenbegriff zur Messung menschlichen psychologischen Glückes dient und daher nicht auf irgendwelche empirische Inhalte beziehen kann, dies führt dazu, dass die intersubjektive Feststellung einer Nutzenunit nicht möglich ist.

Im Gegensatz dazu ist von Robbins, Hicks und Allen der ordinale Nutzenbegriff eingeführt,¹⁷⁹ aus dem die individuelle Präferenzordnung gebildet wird. Jeder verfügbaren Alternative ist bezüglich der Präferenzordnung die bestimmte Nutzenzahl zugeordnet, indem der vom Akteur bevorzugten Alternative die größere Nutzenzahl und der von ihm nachrangigen Alternative die kleinere Nutzenzahl zugewiesen ist, sodass die eine Alternative, die der anderen Alternative vorzuziehen ist, immer die größere Nutzenzahl als die andere hat; haben zwei Alternativen für den bestimmten Akteur die gleiche Nutzenzahl, sind ihm diese zwei Alternativen indifferent.¹⁸⁰ Die Zuweisung der ordinalen Nutzenzahl ist subjektiv und beliebig, dafür ist keine objektive Nutzenunit festgestellt, und der interpersönliche Nutzenvergleich ist auch nicht möglich.¹⁸¹ Bei der Zuweisung der Nutzenzahlen ist nur eine Regelung beachtlich und einzuhalten, dass der größeren Nutzenzahl immer die bevorzugtere Alternative zugeordnet ist, man kann sich bei der Beschreibung einer gleichen Präferenzordnung also unterschiedlicher Mengen der Nutzenzahlen bedienen.¹⁸² Dies führt

¹⁷⁶ Vgl. *Bentham*, A Fragment on Government, S. 45–48; *Stigler*, J. Pol. Econ. 58 (1950), 307, 308–301; *Rosen*, Utilitarianism, S. 220–228.

¹⁷⁷ Vgl. *Stigler*, J. Pol. Econ. 58 (1950), 373, 389f.

¹⁷⁸ Vgl. *Feldman/Serrano*, Welfare Economics, S. 13. Die Marshalls Annahme des konstanten Grenznutzens des Gelds ist irreführend, weil es sich daraus ergibt, dass die Nachfragekurve des Akteurs für jegliche Güter die unitäre Elastizität hat, was sicherlich der Realität zuwiderläuft. Vgl. *Strotz*, Am. Econ. Rev. 43 (1953), 384, 388.

¹⁷⁹ Vgl. *Robbins*, Economic Science, 55 f.; *Hicks/Allen*, Economica 1 (1934), 52, 53–55.

¹⁸⁰ Vgl. *Alchian*, Am. Econ. Rev. 43 (1953), 26, 29–31; *Varian*, Mikroökonomik, S. 57 f.

¹⁸¹ Vgl. *Alchian*, Am. Econ. Rev. 43 (1953), 26, 39, 49 f.

¹⁸² Diese Schlussfolgerung kann durch ein einfaches Beispiel begründet werden. Nehmen wir an, dass man den Alternativen A, B, C der Reihe nach die Zahl 1, 2, 3 zuweist, und den gleichen Alternativen der Reihe nach die Zahl 4, 7, 13 zuweist; die beiden Zahlreihen stellen die gleiche Präferenzordnung dar, dass C vor B und B vor A bevorzugt ist.

dazu, dass beim ordinalen Nutzen die Gesetzmäßigkeit des abnehmenden Grenznutzens nicht gegründet wird.¹⁸³

Die moderne ökonomische Analyse basiert auf dem Konzept des ordinalen Nutzens, der nur durch die Zuweisung der Zahl zur Beschreibung der individuellen Präferenz dient.¹⁸⁴ Der ordinale Nutzen als ein ökonomischer Begriff gewinnt zurzeit nur die deskriptive Bedeutung und ist daher nicht mit irgendwelchen moralischen Anforderungen verbunden. Dementsprechend bedeutet die Nutzenmaximierung nur das Erreichen der Alternative, die der Akteur gegenüber allen anderen verfügbaren Alternativen unter dem gegebenen Umstand bevorzugt, und ist unter der Annahme des individuellen Egoismus für jeden Akteur selbstverständlich, deshalb ist auf der Ebene des Individuums der jegliche moralische Vorwurf gegen das Nutzenbedenken und die Nutzenmaximierung und darüber hinaus gegen die ökonomische Analyse zwecklos und unangemessen.¹⁸⁵ Die angemessene Zielscheibe der moralischen Vorwürfe soll die Präferenz einigen Akteure sein, die auf die Wertanschauungen solcher Akteure hinweist,¹⁸⁶ um diese moralisch schlechte Präferenz zu verhindern, ist der Einsatz bestimmter Restriktionen erforderlich, dabei spielt die wissenschaftlich-ökonomische Analyse die entscheidende Rolle.

Darüber hinaus fordert die Wissenschaftlichkeit der Ökonomik, dass das Verhalten eines bestimmten Akteurs unter dem gegebenen Umstand durch die Ökonomik vorhergesagt werden kann. In Bezug auf die Nutzenmaximierung heißt diese Forderung, dass zunächst durch die ordinale Nutzenfunktion des individuellen Akteurs die jeweiligen Nutzenzahlen sämtlicher Alternativen festgestellt werden und dann diese Alternative, deren Nutzenzahl unter gegebenem Umstand die höchste Nutzenzahl der verfügbaren Alternativen darstellt, ausgewählt wird. Obwohl die Zuweisung der Nutzenzahlen in Sinne des ordinalen Nutzens beliebig sein kann, ist zur ökonomischen Erklärung die Nutzenfunktion erforderlich, durch die infinite Alternativen des Akteurs entsprechend deren Präferenzordnung den Nutzenzahlen zugewiesen werden. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Funktion existieren kann. Es ist von Debreu

¹⁸³ Aus diesem Grund behauptet Alchian: „marginal utility has meaning only in being positive or negative, but the numerical value is meaningless, i.e., *diminishing* or *increasing* marginal utility is completely arbitrary since one can get either by using the appropriate column.” *Alchian*, *Am. Econ. Rev.* 43 (1953), 26, 47. Robbins begründete auch, dass die Gesetzmäßigkeit des abnehmenden Grenznutzens keinen wissenschaftlichen Hintergrund hat und daher nicht für den interpersonellen Nutzenvergleich gelten kann. Vgl. *Robbins*, *Economic Science*, S. 121–125.

¹⁸⁴ *Varian*, *Mikroökonomik*, S. 63.

¹⁸⁵ Im Gegensatz dazu ist die Aussage, dass auf der Ebene der Gesellschaft „die faktischen Präferenzen aller Individuen in möglichst Maße befriedigt werden“, mit einem Werturteil verbunden. Vgl. *Eidenmüller*, *EaR* 2015, 328 f. Allerdings ist diese Aussage sinnlos, weil sie unmöglich in der realen Welt verwirklicht werden kann, denn die Menschen konkurrieren miteinander um ökonomische Güter. Wenn ein ökonomischer Gut von einem Menschen kostenlos erhalten wird, wird der potentielle Nutzen des anderen Menschen verringert.

¹⁸⁶ Vgl. *Kirchgässner*, *HO* 1991, 13 f.

nachgewiesen, dass die Existenz einer ordinären Nutzenfunktion über die individuelle Präferenz zu bejahen ist, solange die Präferenzordnung vollständig, transitiv und stetig ist.¹⁸⁷ Falls diese Nutzenfunktion gefunden ist, stellt deren monotone Transformation als die neue Nutzenfunktion auch die gleiche Präferenzordnung dar.¹⁸⁸

c) Kosten

Die Kosten im Sinne der Ökonomik sind immer die Opportunitätskosten und bezeichnen sich als der höchste Gewinn aus den verlassenen Alternativen.¹⁸⁹ Bei der Kalkulation der Kosten einer menschlichen Handlung ist immer und nur der höchste Gewinn aus den verlassenen Alternativen herangezogen, der zweite oder dritte höchste Gewinn kommt dabei überhaupt nicht in Betracht,¹⁹⁰ z.B. gegen 4 € kann ein Akteur entweder 2 Äpfel oder 2 Orangen oder 2 Bananen kaufen, und der Gebrauchswert solcher Früchte für diesen Akteur beträgt jeweils 10 €, 8 € und 6 €; er wird die 2 Äpfel wählen und gleichzeitig auf 2 Orangen oder 2 Bananen verzichten, in diesem Fall machen für diesen Akteur die Kosten dieser 2 Äpfel den Gebrauchswert der 2 Orangen aus, nämlich 8 €, und der Gebrauchswert der 2 Bananen bleibt bei der Kalkulierung der Kosten der 2 Äpfel unberücksichtigt. Wenn ein Markt zum Austausch der Äpfel existiert und dieser Akteur seine 2 Äpfel gegen 10 € veräußern kann, dann betragen die Kosten dieser 2 Äpfel für ihn 10 €, weil jetzt die den höchsten Gewinn erbringende Alternative die Veräußerung dieser 2 Äpfel am Markt darstellt und 10 € wert ist.¹⁹¹ Obwohl sich der Gewinn einer Handlung ändern kann, werden die Kosten dieser Handlung unverändert bleiben, solange sich der höchste Gewinn aus den verlassenen Alternativen nicht ändert.¹⁹²

Auf dieser Grundlage bezeichnen sich die Grenzkosten als der höchste Gewinn des zusätzlichen Gutes aus den verlassenen Alternativen. Beispielsweise beträgt der Gehalt einer zusätzlichen Arbeitsstunde für einen Akteur bei der Firma Fa 20 €, bei der anderen Firma Fb 25 € und bei der Firma Fc 30 €; die Aufwendung dieser zusätzlichen Arbeitsstunde für ihn beträgt 15 €, d.h. wenn ihm keine Firma zum Kaufen seiner zusätzlichen Arbeitsstunde mehr als 15 € gäbe, würde er bei dieser zusätzlichen Stunde nicht arbeiten. In diesem Fall wird er mit dieser zusätzlichen Arbeitsstunde bei der Fc arbeiten, und seine Grenzkosten dieser Arbeitsstunde bei Fc sind gleich dem Gehalt bei Fb (25 € pro Stunde), der sich als der höchste Gewinn seiner zusätzlichen Arbeitsstunde aus den verlassenen Alternativen darstellt.

¹⁸⁷ Vgl. *Debreu*, Theory of value, S. 50–59. Die einfachere Darstellung findet man in: *Feldman/Serrano*, Welfare Economics, S. 17–19.

¹⁸⁸ Vgl. *Alchian*, Am. Econ. Rev. 43 (1953), 26, 48 f.; *Varian*, Mikroökonomik, S. 58–60.

¹⁸⁹ *Alchian/Allen*, E&P 1992, S. 4; *Allen*, EP 2007, S. 123.

¹⁹⁰ Vgl. *Cheung*, IaC 2010, 136 f.

¹⁹¹ Durch das oben Genannte erkennt man auch, dass die Kosten aus den Wahlmöglichkeiten des Akteurs entstehen und durch diese Wahlmöglichkeiten begrenzt und bestimmt werden. Vgl. *ders.*, IaC 2010, S. 136.

¹⁹² Vgl. *Alchian*, *Alchian* 2006, 2006, S. 180, 181.

Außerdem sind die Kosten immer auf die zukünftige Entscheidung des Akteurs gerichtet. Die vorher ausgegebene Aufwendung gehört nicht mehr zu Kosten im ökonomischen Sinne, sondern wird als versunkene Kosten bezeichnet.¹⁹³ Beispielsweise zählen die vom Unternehmer vor der Produktion bereits eingerichteten Maschinen und die bereits im Arbeitsvertrag festgestellten Gehalte der Arbeitnehmer gem. der verallgemeinerten Meinung zu festen Kosten des Unternehmers. Dies ist aber mit dem Begriff der Kosten unvereinbar, denn in diesem Zeitpunkt sind die Aufwendungen zu den Maschinen und Arbeitskräften schon festgestellt und nach entsprechenden verbindlichen Verträgen auszugeben, deshalb gehören sie jetzt nicht zu Kosten, sondern zu versunkenen Kosten. Dementsprechend betragen die Kosten von diesen Maschinen und Arbeitskräften für diesen Unternehmer jetzt möglich null, oder ggf. sind sie gleich dem Gewinn aus dem Weiterverkauf oder Vermieten von diesen Maschinen und Arbeitskräften, solange der Weiterverkauf oder das Vermieten von diesen Maschinen und Arbeitskräften nach gegenwärtiger Rechtsordnung zulässig ist.

Aus der Rationalitätsannahme ergibt sich, dass der Akteur stets in Anlehnung der Kostenüberlegung die künftige Entscheidung treffen soll, auf die die versunkenen Kosten keinen Einfluss haben sollen, das menschliche Verhalten anhand der versunkenen Kosten ist daher irrational (die sog. Sunk-Cost-Fallacy). Allerdings bezweifelt die Verhaltensökonomik die Rationalitätsannahme, indem sie erklärt, dass der Akteur wegen der sog. „Verlustaversion“ in der realen Welt anhand der versunkenen Kosten handelt und daher beschränkt rational ist.¹⁹⁴ Hingegen wird durch weitere Untersuchungen begründet, dass der Gedanke an versunkenen Kosten in den Fällen der sog. Sunk-Cost-Fallacy eigentlich rational ist.¹⁹⁵

Meiner Meinung nach ist die Debatte um die Sunk-Cost-Fallacy sinnlos, und die gegenseitigen Parteien dieser Debatte bemerken nicht, dass die Kosten des Akteurs vor und nach einer Entscheidung unterschiedlich sein können, weil die vorherige Entscheidung des Akteurs den gegenwärtigen Umstand, in dem sich der Akteur befindet, ändert; dies führt dazu, dass sich die Kosten der gegenwärtigen Entscheidung des Akteurs unter gegenwärtigem Umstand auch ändern. Beispielsweise kann die vorherige Investition des Akteurs in eine Industrie, die zwar den erwünschten Gewinn nicht erzeugt und zu versunkenen Kosten gehört, aber die Aufwendungen der zukünftigen Investition in diese gleiche Industrie verringern; dies führt weiter dazu, dass jetzt die Kosten der zukünftigen Investition in andere Industrie erhöht werden

¹⁹³ Vgl. *Cheung*, IaC 2010, S. 138–141; *Allen*, EP 2007, S. 125.

¹⁹⁴ Vgl. *Thaler*, J. Econ. Beh. Org. 1 (1980), 39, 47–50.

¹⁹⁵ *Macfee/Mialon/Mialon*, Econ. Inq. 48 (2010), 323 ff. In diesem Aufsatz ist von den Autoren zusammengefasst, dass der Gedanke an versunkenen Kosten wegen des Informationskontexts, oder wegen des Reputationsbedenkens, oder wegen der finanziellen oder zeitlichen Einschränkungen rational ist.

und daher die Weiterinvestition in die vorherige Industrie noch den höchsten Erwartungsgewinn unter gegenwärtigem Umstand erbringen kann.¹⁹⁶ Wenn man bei der ökonomischen Erklärung das richtige Verständnis des Kostenbegriffs durchhält und die Kosten der künftiger Entscheidung des Akteurs unter dem geänderten Umstand richtig kalkuliert, wird sich kein menschliches Verhalten in der realen Welt mehr als die sog. Sunk-Cost-Fallacy bezeichnen, und das Argument für oder gegen die sog. Sunk-Cost-Fallacy ist dann weder notwendig noch sachgerecht.

d) Preis

Jedes ökonomische Gut hat den Preis, aus dem Begriff des ökonomischen Gutes ergibt sich schon, dass um das ökonomische Gut mehr als zwei Personen miteinander konkurrieren. Dies wirft die Frage auf, wer letztlich dieses Gut erlangt. Die Antwort lautet: es wird von demjenigen erhalten, der den Preis dieses Gutes zahlt. Der Preis verweist deshalb auf die Bestimmungsregeln des Eigentümers des ökonomischen Gutes.¹⁹⁷ Zum Preis gehört nicht nur der Marktpreis, sondern auch der Schattenpreis, mit dem das außerhalb des Marktes liegende ökonomische Gut gehandelt wird,¹⁹⁸ z.B. die Studienplätze an den staatlichen Hochschulen in Deutschland gehören natürlich zum ökonomischen Gut, dafür fehlt aber ein entsprechender Markt; dies deutet nicht an, dass ein Studienbewerber zur Erlangung eines Studienplatzes nicht den Schattenpreis zahlt, sein Schattenpreis ist also durch die Kosten von der Studienwartzeit und der Investition in die Vorbereitung des Abiturs zu messen, wobei er auf die zeitlichen Investitionen in andere Aktivitäten verzichten muss; er kann einen Studienplatz an der staatlichen Hochschule erlangen, nur wenn er diesen Schattenpreis zahlt.

Der Marktpreis eines ökonomischen Gutes ist gleich den Grenzkosten seines Anbieters. Wenn der Marktpreis höher als die produktiven Grenzkosten des Anbieters ist, wird der Marktanbieter weiter dieses Gut produzieren, bis zu dem Marktpreis seinen marginalen produktiven Kosten gleich ist, weil bis dazu er den zusätzlichen Gewinn erhält. Allerdings ist es beachtlich, dass die Aussage „der Marktpreis ist gleich den

¹⁹⁶ Nehmen wir an, dass sich der Akteur für die Investition in das Bereich A oder B entscheiden soll. Die Investition in A bringt die Aufwendungen 300 € und den Erwartungsgewinn 500 €, die Investition in B bringt auch die Aufwendungen 300 € und den Erwartungsgewinn 600 €. Als rationaler Handelnde hat sich der Akteur am Anfang für die Investition in B entschieden. Allerdings brachte die Investition in B nicht den Erwartungsgewinn. Dann muss sich der Akteur entscheiden, in welches Bereich er weiter investieren soll. Die Aufwendungen und der Erwartungsgewinn der Investition in A bleiben unverändert, aber wegen der vorherigen Investition in B betragen jetzt die Aufwendungen der Weiterinvestition in B nur 150 € und deren Erwartungsgewinn auch noch 600 €. In diesem Fall wird der Akteur weiter in B investieren, weil jetzt die Kosten der Investition in A noch den Nettogewinn der Weiterinvestition in B darstellen und 450 € betragen, sie sind jedenfalls höher als der Nettogewinn der Investition in A.

¹⁹⁷ Diese Idee stammt ursprünglich von Armen Alchian, er ist der Meinung, das durch den Preis Bestimmte sei viel wichtiger als was, das den Preis bestimmt. Demzufolge sei durch den Preis die ökonomische Rente eines Landes bestimmt, vgl. *Alchian*, Durlauf et al. 2008, 2008, S. 90, 92.

¹⁹⁸ Vgl. *Becker*, öAEmV 1982, S. 5.

Grenzkosten des Anbieters“ nicht darauf hinweist, dass der Marktpreis des ökonomischen Gutes auch gleich den Grenzkosten oder dem Grenzwert eines Konsumenten bei seiner letzten Konsummenge ist. Nehmen wir z.B. an, dass der Marktpreis eines Konzerttickets 40 € beträgt, ein Akteur wird nur ein solches Ticket pro Zeiteinheit kaufen, und ohne das Angebot des Konzerttickets würde er aber einen schönen Hut gegen 40 € kaufen. Daraus ergibt sich, dass 40 € nicht die Grenzkosten dieses Akteurs für das Ticket darstellt, die eigentlich gleich dem Grenzgebrauchswert des aufgegebenen Huts sind. Der Marktpreis des Konzerttickets ist in diesem Beispiel auch nicht gleich dem Grenzgebrauchswert des Akteurs für das Ticket, sein Grenzgebrauchswert ist also gleich dem mindesten Preis, gegen den dieser Akteur beim Ausverkauf dieser Konzerttickets sein eigenes Ticket weiterverkaufen wird, und in diesem Fall kann er als Anbieter angesehen werden. Die Bedingung, dass der Marktpreis gleich den Grenzkosten des Akteurs und weiter gleich seinem Grenzgebrauchswert ist, gilt nur für den marginalen Konsumenten, der gerade auf dem Schnittpunkt von der Marktnachfrage- und der Marktangebotskurve dieses ökonomischen Gutes steht und bei einer kleinen Erhöhung des Marktpreises kein solches Gut mehr kauft.

Im Gegensatz dazu ist der Schattenpreis eines ökonomischen Gutes für den Akteur gerade die Grenzkosten der zu seiner Herstellung verbrauchten Ressourcen.¹⁹⁹ Denn zur Erlangung dieses Gutes muss er auf andere Nutzungsweisen der bestimmten Ressourcen verzichten, deren Grenzkosten stellen sich als der höchste Gewinn aus den anderen verlassenen Ressourcenverwendungen dar. Beispielsweise muss ein Studienbewerber zur Erlangung eines Studienplatzes die Zeit zur Vorbereitung des Abiturs ausgeben, inzwischen muss er auf das Vergnügen oder das Jobben verzichten.

2. Das Gesetz der Nutzenmaximierung

Nimmt man bei der ökonomischen Analyse die Rationalitätsannahme an, hält man natürlich das Gesetz der Nutzenmaximierung bzw. die Nutzentheorie für gültig. Fraglich ist jedoch, wie die Nutzenfunktion des Akteurs durch irgendwelche empirischen Untersuchungen konstruiert werden kann, damit die Kalkulation der höchsten Nutzenzahl unter dem gegebenen Umstand ermöglicht wird, es geht also um die Arbeitswegen der Nutzenanalyse.

a) Die Arbeitswege der Nutzenanalyse

Grundsätzlich hat die Nutzenfunktion U in der ökonomischen Literatur diese allgemeine Form: $U = U(x_1, x_2, \dots, x_n, s, t, \dots)$, wo x_i das Bündnis der vom Akteur konsumierten ökonomischen Güter darstellt und s, t, \dots die anderen Parameter angeben, die den Nutzen des Akteurs beeinflussen können, sowie die Budgetbeschränkung und das Einkommen des Akteurs, den Nutzen des anderen Akteurs, etc.²⁰⁰ Die

¹⁹⁹ Vgl. *ders.*, öAEmV 1982, S. 5.

²⁰⁰ Für die Geschichte der allgemeinen Formen der Nutzenfunktion sieht man in *Stigler*, J. Pol. Econ. 58 (1950), 307, 322–327; *Stigler*, J. Pol. Econ. 58 (1950), 373–377.

Hauptaufgabe der ökonomischen Erklärung besteht darin, die Ursache und die Folge der Änderung des menschlichen Handlung zu bestimmen; wenn einige das menschliche Verhalten zu beeinflussende Faktoren inzwischen nicht geändert werden, können sie bei der ökonomischen Erklärung ausgeklammert werden. Dies gilt auch für die Nutzenanalyse, bei der nur solche Faktoren in der Nutzenfunktion herangezogen sind, die sich unter unterschiedlichen Umständen ändern. Diese Faktoren sind also das Merkmal der relevanten Restriktionen, und dementsprechend kann die Nutzenfunktion U so dargestellt werden: $U = U(x_1, x_2, s, t, \dots)$, x_1, x_2, s, t sind die relevanten und inzwischen zu ändernden Faktoren unter den unterschiedlichen Umständen, auf die das ökonomische Modell gebildet wird.

Ein Arbeitsweg der Nutzenanalyse nennt man die Theorie der bekundeten Präferenzen,²⁰¹ und sie geht von folgender Überlegung aus: denn aus der Annahme des individuellen Egoismus ergebe sich sofort, dass die tatsächliche Handlung des Akteurs in den jeweiligen beobachteten Zeitpunkten den höchsten Nutzen unter jeweiligen gegebenen Umständen darstelle und daher der Präferenzordnung entspreche; und aus der Annahme der Präferenzstabilität ergebe sich, dass diese Handlungen in unterschiedlichen Zeitpunkten aber der gleichen Präferenzordnung entsprächen und daher die gleiche Nutzenfunktion erfüllten.²⁰² Nachdem die relevanten Restriktionen festgesetzt worden seien, würden aus der Beobachtung menschlichen Handlungen relevante empirische Daten gesammelt, die die Preise und die Summen der jeweiligen vom Akteur konsumierten Güter in unterschiedlichen Zeitpunkten darstellten und sich daher als beurkundete Präferenzen bezeichneten. Es sei dann anhand des bereits begründeten Generalen Axioms der Bekundeten Präferenzen (kurz GARP)²⁰³ und durch die ökonometrische Bearbeitung dieser empirischen Daten die Präferenzordnung des Akteurs einzuschätzen und darauf die entsprechende Nutzenfunktion zu bilden. Je mehr diese empirischen Daten gesammelt und bearbeitet würden, desto präziser könne man die Nutzenfunktion bilden. Nachdem die Nutzenfunktion durch

²⁰¹ Die Theorie der bekundeten Präferenzen ist zuerst von Samuelson im Jahr 1938 eingeführt und von Houthakker (1950) und Afriat (1967) weiterentwickelt. Vgl. *Samuelson*, *Economica* 5 (1938), 61 ff.; *Houthakker*, *Economica* 17 (1950), 159 ff.; *Afriat*, *Intern. Econ. Rev.* 8 (1967), 67 ff.; *Varian*, *Samuelsonian Economics*, 2006, 99–106.

²⁰² etwa *Varian*, *Mikroökonomik*, S. 129–131.

²⁰³ Angenommen, wir haben zuerst bestimmte Güter (m_1, m_2, \dots, m_n) als die Einflussfaktoren der Präferenz eines Akteurs festgestellt, und im Zeitpunkt t_0 sind deren Konsummengenvektor $X = (x_1, x_2, \dots, x_n)$ und deren Preisvektor $P_x = (p_{x_1}, p_{x_2}, \dots, p_{x_n})$, im Zeitpunkt t_1 sind deren Konsummengenvektor $Y = (y_1, y_2, \dots, y_n)$, und deren Preisvektor $P_y = (p_{y_1}, p_{y_2}, \dots, p_{y_n})$. Das GARP besagt: wenn X gegenüber Y bevorzugt ist, dann ist $P_y \cdot Y \leq P_y \cdot X$, denn wenn $P_y \cdot Y > P_y \cdot X$ dabei richtig wäre, dann wäre das Bündnis X im Zeitpunkt t_1 für ihn auch verfügbar, und angesichts der Nutzenmaximierung würde X vorher schon von ihm ausgewählt; dass er im Zeitpunkt t_1 tatsächlich das Bündnis Y auswählt, verweist also darauf, dass im Zeitpunkt t_1 die Bedingung $P_y \cdot Y \leq P_y \cdot X$ richtig ist. Umgekehrt kann die Aussage, dass Y gegenüber X bekundet bevorzugt ist, begründet werden, indem durch die empirischen Daten die Bedingung $P_y \cdot Y \geq P_y \cdot X$ gezeigt wird, was eigentlich die Rückübertragung des GARP darstellt. Das oben Erklärte ist natürlich zwar nicht mathematisch stringent, aber zum Verstehen des GARP genügend. Zur Begründung des GARP sieht man in *ders.*, *Econometrica* 50 (1982), 945–949.

die anstrengende Bearbeitung solcher empirischen Daten formuliert worden sei, sei man in der Lage, den maximierenden Nutzen unter dem geänderten Umstand zu bestimmen, diese Nutzenzahl sei auf ein konkretes Bündnis der ökonomischen Güter zu verweisen.

Ein anderer Arbeitsweg der Nutzenanalyse ist die mathematische Analyse der Nutzenfunktion in Bezug auf die festgestellten Restriktionen. Es wird in der Regel durch die mathematische Ableitung zu zeigen, wie sich ein Faktor im Verhältnis zu einem anderen Faktor unter der Bedingung der Nutzenmaximierung ändert, z.B. um den Nutzen des Akteurs zu maximieren, wird die Konsummenge eines normalen Gutes bei der Einkommenssteigerung steigen, oder wird der Akteur bei der Preisänderung eines Gutes x_1 das andere Gut x_2 bis zu der bestimmten Grenzmenge konsumieren, bei der unter der gegenwärtigen Budgetbeschränkung die Grenznutzenzahl des Gelds bei x_2 gleich der Grenznutzenzahl des Gelds bei x_1 ist.²⁰⁴ Da die mathematische Analyse der Nutzenfunktion eine formelle logische Analyse ist und keinen empirischen Inhalt hat, ist dann zur Prüfung der Gültigkeit der ökonomischen Erklärung erforderlich, die aus der mathematischen Analyse hergeleiteten Aussagen anhand der empirischen Daten zu prüfen.²⁰⁵ Merkwürdig ist es, dass die empirische Prüfung solcher Aussagen durch die Zurückführung auf die Änderung von Güterpreisen, Konsummengen und dem Einkommen des Akteurs durchzuführen ist, wobei die Analyse der Nachfragekurve in der Regel in Anspruch genommen ist. Diese Art der empirischen Prüfung basiert auf dieser Idee: die individuelle Nachfragekurve lasse sich aus der Indifferenzkurve ableiten, deshalb müsse die individuelle Nachfragefunktion im Einklang mit der Nutzenfunktion stehen; wenn die aus der Nachfrageanalyse entnommene Aussage durch die empirische Prüfung widerlegt werde, sei die aus der Nutzenanalyse entnommene Aussage auch widerlegt.

b) Die Kritiken an der Nutzenanalyse

Die erste Kritik spricht gegen die beiden Arbeitswege der Nutzenanalyse und lautet, dass in den meisten Fällen der Nutzenanalyse eine konkrete Form der Nutzenfunktion untergestellt wird, ohne die empirische Prüfung, ob diese konkrete Form noch der Realität entspricht. Die Ursache, warum hier die Quasi-lineare Nutzenfunktion und dort die Cobb-Douglass Nutzenfunktion verwendet werden, ist in der Regel in der ökonomischen Literatur nicht klar. Becker hat Beispielsweise in einem Lehrbuch darauf verwiesen, dass diese beiden oben genannten Nutzenfunktionen die unitäre Einkommenselastizität zur Folge haben und daher der Realität zuwiderlaufen,²⁰⁶ allerdings selbst bei der ökonomischen Analyse der Human Capital direkt die Leontief Nutzenfunktion verwendet,²⁰⁷ ohne die Erörterung, warum hier diese Nutzenfunktion der Präferenz des Akteurs entspricht und daher gültig ist. MacFadden bedient

²⁰⁴ Formell ausgedrückt: $MU_{x_1}/P_{x_1} = MU_{x_2}/P_{x_2}$

²⁰⁵ Ein typisches Beispiel ist die ökonomische Analyse der Kriminalität von Gary Becker. siehe Becker, *öAEmV* 1982, S. 41–63.

²⁰⁶ Becker/Grossman, *Economic Theory*, S. 55.

²⁰⁷ Vgl. Becker, *Family* 1991, S. 57–64.

sich bei seiner Analyse der urban travel demand auch einer additiven ordinalen Nutzenfunktion,²⁰⁸ ohne die Begründung, dass sämtliche in seiner Nutzenfunktion vorliegenden Güter gegenseitig präferenziell unabhängig sind.²⁰⁹ Außerdem kann man die fehlende ökonomische Erklärung dann auf die unangemessene Form der Nutzenfunktion zurückführen, denn im Prinzip kann die Suche nach einer „angemessenen“ Form der Nutzenfunktion immer diese fehlende ökonomische Erklärung „retten“, was möglicherweise zur Unwiderlegbarkeit der fehlenden Erklärung führt und daher die Wissenschaftlichkeit der Ökonomik gefährdet.

Obwohl es möglich ist, dass bei der Anwendung der Theorie der bekundeten Präferenzen keine konkrete Form der Nutzenfunktion zu unterstellen ist und direkt die Preise und die Konsummenge der jeweiligen Güter unter dem geänderten Umstand einzuschätzen sind,²¹⁰ ist ihr Geltungsumfang sehr begrenzt: sie beschränkt sich auf die Erklärung der Handlungen des Individuums, weil nur die Existenz der ordinalen Nutzenfunktion des Individuums begründet werden kann, auf der das GARP basiert, dementsprechend kann nur die individuelle Präferenz gem. dem GARP eingeschätzt werden. Allerdings handelt es sich bei den gesammelten empirischen Daten in der Realität vor allem nur um die Informationen über die Marktnachfrage der bestimmten ökonomischen Güter, die mindestens eine Gruppe der Konsumenten betrifft. Um die Anwendung der Theorie der bekundeten Präferenzen auf der Marco-Ebene zu ermöglichen, ist in der Regel stillschweigend angenommen, dass die betreffenden Personen die ähnliche Präferenz hätten und sich die gesammelten empirischen Daten auf die repräsentative bzw. durchschnittliche Person bezögen.²¹¹ Diese Annahme ist natürlich falsch, und die auf diese falsche Annahme bezogene Anwendung der Theorie der bekundeten Präferenzen ist deshalb problematisch.

Es kann sein, dass die mathematische Nutzenanalyse in einigen Fällen nicht von irgendwelcher konkreten Form der Nutzenfunktion abhängt. Aber wie erwähnt, ist die empirische Prüfung der aus dieser Art der Nutzenanalyse abgeleiteten Aussage in der Regel durch die Preis- und Konsumänderung der ökonomischen Güter bzw.

²⁰⁸ Vgl. *McFadden/Talvitie*, *McFadden et al.* 1977, S. 34–37.

²⁰⁹ Die gegenseitig präferenzielle Unabhängigkeit heißt, dass die Konsummenge eines Gutes keinen Einfluss auf den Nutzen des anderen Gutes hat. Debreu hat begründet, dass die gegenseitig präferenzielle Unabhängigkeit der in der Nutzenfunktion vorliegenden Güter die notwendige und hinreichende Bedingung der additiven ordinalen Nutzenfunktion ist. Vgl. *Debreu*, Arrow 1960, 1960, S. 16, 21–25.

²¹⁰ Die Beispiele finden sich in der Nachfrageanalyse durch den Nichtparametrischen Ansatz, wie *Varian*, *Econometrica* 50 (1982), 945 ff.; *Blundell/Browning/Crawford*, *Econometrica* 71 (2003), 205 ff.

²¹¹ Diese Annahme ist in einem Aufsatz von Daniel McFadden offensichtlich, wo er sagt, „The relation of observed aggregated demand to individual demand under this specification is straightforward. In a population of consumers who are *homogeneous with respect to budgets faced*, aggregate demand will equal individual demand, writ large“, ... „*McFadden*, *J. Pub. Econ.* 3 (1974), 303, 308.

durch die Nachfrageanalyse durchzuführen. Dann erhebt sich sofort die Frage, warum man nicht auf die Nutzentheorie verzichtet und direkt das Nachfragegesetz auf die ökonomische Erklärung anwendet.²¹² Dieser Arbeitsweg wird im Folgenden bearbeitet.

3. Das Nachfragegesetz

Die Nachfragefunktion hat die längere Geschichte als die Nutzenfunktion. Bevor der Nutzenbegriff von Bentham in der klassischen Ökonomik einführte, hatte Adam Smith den Wertbegriff in den Gebrauchs- und Austauschwert aufgeteilt, um das Wasser-Diamanten-Paradox zu lösen.²¹³ Er erklärte dann, das Wasser habe zwar den hohen Gebrauchswert, aber den niedrigen Austauschwert; hingegen habe der Diamant den hohen Austauschwert und den niedrigen Gebrauchswert.²¹⁴ Diese Erklärung verweist deutlich auf die Nachfrageanalyse und der Begriff des Austauschwertes ist auch so ähnlich wie der Marktpreisbegriff.²¹⁵ Später hat Gustav Cassel schon in seinem auf Deutsch geschriebenen Aufsatz die Selbständigkeit und die direkte Anwendbarkeit des Nachfragegesetzes befürwortet.²¹⁶ In der Gegenwart spielt das Nachfragegesetz die entscheidende Rolle für die mikroökonomische Analyse, deshalb ist von Anhängern der Chicago Schule die Terminologie „Mikroökonomik“ direkt durch die „Preistheorie“ ersetzt.²¹⁷ Alles verweist darauf, dass sich die ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens allein auf das Nachfragegesetz als das ökonomische Gesetz und die relevanten Randbedingungen unter dem gegebenen Umstand berufen kann.²¹⁸

a) Der Arbeitsweg der Nachfrageanalyse

Das Nachfragegesetz besagt, dass der Akteur unter gleichen sonstigen Umständen (*ceteris paribus*) das ökonomische Gut wegen des steigenden Preises mehr verbraucht oder wegen des sinkenden Preises weniger verbraucht. Wenn sämtliche Umstände unverändert bleiben, kann und darf sich der Preis des Gutes nicht ändern und damit sich die Verbrauchsmenge dieses Gutes auch nicht ändern. Es ist durch die Bestimmung der relevanten Randbedingungen, die den Preis des ökonomischen Gutes beeinflussen können und unter dem geänderten Umstand auch geändert sind, das

²¹² Herbert Simon hat bei der Kritik der Becker's Erklärung schon darauf verwiesen, dass die Nutzenmaximierung weder hinreichende noch notwendige Bedingung für die empirische Schlussfolgerung ist. Vgl. *Simon*, J. Bus. 59 (1986), 209, 213-215

²¹³ *Stigler*, J. Pol. Econ. 58 (1950), 307, 307 f.

²¹⁴ *Smith*, *The Wealth of Nations* 2007, S. 18.

²¹⁵ Vgl. *ders.*, *The Wealth of Nations* 2007, 20 ff.

²¹⁶ Vgl. *Cassel*, *ZgS* 55 (1899), 395, 397 f., 404 f.

²¹⁷ Beispielsweise betiteln Milton Friedman und seinen Sohn David D. Friedman ihre jeweiligen Lehrbücher der Mikroökonomik mit „Price Theory“, und George Stigler „The Theory of Price“, Jack Hirshleifer „Price Theory and Applications“, Armen Alchian und William Allen „Exchange & Produktion“, das sich sicherlich mit der Preistheorie beschäftigt.

²¹⁸ Vgl. *Cheung*, *SoD* 2010, 131 f.

ökonomische Modell des Akteurs in Anlehnung auf das ökonomische Gut zu formulieren. Wenn man unter dem ökonomischen Modell durch die Zurückführung auf die geänderten Randbedingungen feststellt, ob und wie sich der Preis dieses Gutes abwickelt, dann kann man durch die Nachfrageanalyse unmittelbar vorhersagen, wie sich dieser Akteur bezüglich dieses ökonomischen Gutes unter dem gegebenen Umstand verhalten wird. Ist die ökonomische Erklärung fehlerhaft, bzw. steht die Vorhersage über die Verbrauchsmengen des ökonomischen Gutes nicht in Einklang mit dem beobachteten menschlichen Verhalten, ist das ökonomische Modell auch gleichzeitig widerlegt, dann muss man die relevanten Randbedingungen erneut bestimmen und darauf ein neues ökonomisches Modell rekonstruieren.²¹⁹

Bei der Nachfrageanalyse ist es beachtlich, dass man im ökonomischen Modell die zur Nachfrageänderung zu führenden Faktoren von den Faktoren unterscheiden, die zur Änderung der nachgefragten Mengen entlang der Nachfragekurve führen können.²²⁰ Die Nachfrageänderung kann dazu führen, dass der Akteur beim steigenden Gutspreis mehrere Mengen verbrauchen, falls sich die Individuums- oder Marktnachfragekurve nach rechts bewegt und die Angebotskurve unverändert bleibt; dies widerspricht nicht dem Nachfragegesetz, weil für die geänderte Nachfrage bzw. Nachfragekurve das Nachfragegesetz gleichfalls gilt.²²¹ Grundsätzlich gehören zu den die Nachfrageänderung herbeiführenden Faktoren das Geldeinkommen und sämtliche Faktoren, die beim konstanten Preis und Angebot des Gutes auch zur Änderung der nachgefragten Menge führen.²²² Ein Beispiel dafür ist das Gerücht, nach den wissenschaftlichen Studien könne der Apfel dem Krebs vorbeugen, dies führt zur erhöhten Nachfrage nach den Äpfeln. Ein anderes typisches Beispiel ist das Komplementär- oder Substitutionsgut, die Preisänderung eines Gutes führt also unmittelbar zur Nachfrageänderung seines Komplementär- und Substitutionsgutes. Im Gegensatz dazu gehören diese Faktoren, die unmittelbar den Preis des ökonomischen Gutes bewirken können, zu den die Änderung der nachgefragten Mengen bewirkenden Faktoren. Sie umfassen also sämtliche Faktoren, die zur Änderung des Angebots des ökonomischen Gutes und somit zur Änderung seines Preises führen können.²²³ Beispielsweise verursacht die gute Ernte der Äpfel die Erhöhung des Apfelangebots, dies führt wieder zur Reduzierung des Apfelpreises entlang der Nachfragekurve.

In der realen Welt sind die das menschliche Verhalten beeinflussenden Faktoren so umfangreich, dass bei der Einbeziehung sämtlicher Faktoren ins ökonomische Modell das menschliche Verhalten sicherlich erklärt werden kann, allerdings opfert oder mindert man gleichzeitig die Allgemeinheit der ökonomischen Erklärung, weil diese Erklärung allein für das einzelne Verhalten gilt und das so formulierte ökonomische Modell die Erklärungskraft in großem Maße verliert. Um dies zu vermeiden, sind

²¹⁹ Vgl. *ders.*, SoD 2010, S. 174–177.

²²⁰ *Alchian/Allen*, E&P 1992, 22f.; *Allen*, EP 2007, S. 77–80.

²²¹ *Alchian/Allen*, E&P 1992, 35 f.

²²² *Cheung*, SoD 2010, S. 140.

²²³ *Ders.*, SoD 2010, S. 140.

bei der ökonomischen Erklärung immer nur die erheblich beeinflussenden Faktoren unter dem gegebenen Umstand in das ökonomische Modell einzuordnen und die anderen Faktoren zu vernachlässigen, damit das ökonomische Modell die Allgemeinheit gewinnen können und die entsprechende ökonomische Erklärung durch weiterführende empirische Prüfungen widerlegbar sind.²²⁴

b) Der Geltungsumfang der Nachfrageanalyse

Die Nachfrageanalyse beschränkt sich nicht auf die Konsumseite und gilt auch für die Angebotsseite. Denn zur Produktion des Marktgutes der Anbieter auch die Rohstoffe, die Arbeitskräfte, die Maschinen, usw., die nach herkömmlicher Ökonomik als produktive Faktoren gelten und auch dem Begriff des ökonomischen Gutes entsprechen, d.h. der Anbieter ist gleichzeitig auch der Konsument dieser produktiven Faktoren und verhält sich auch nach dem Nachfragegesetz.²²⁵ Wie viele dieser produktiven Faktoren von diesem Anbieter gekauft werden, hängt davon, ob die Grenzkosten eines zusätzlichen produktiven Faktors durch seinen Grenzgewinn ausgeglichen werden können, und der Anbieter verbraucht einen bestimmten produktiven Faktor immer zu diesem Punkt, wo seine Grenzkosten gleich seinem Grenzgewinn sind.

Beachtlich ist es, dass die Grenzkosten des produktiven Faktors nicht die monetäre Ausgabe darauf, sondern entsprechend dem Begriff der Opportunitätskosten der höchste Gewinn aus den verlassenen Alternativen sind.²²⁶ Beispielsweise kann der Anbieter durch die Ausgabe von 20 € einen zusätzlichen produktiven Faktor erlangen, verringert aber gleichzeitig die Investition in andere Industrie oder in einen anderen produktiven Faktor um 20 €, und verzichtet damit auf den Gewinn von 25 €, so betragen die Grenzkosten dieses produktiven Faktors hier nicht 20 €, sondern 25 €. Der Gewinn des zusätzlichen produktiven Faktors ist dadurch zu erreichen, dass die wegen dieses zusätzlichen produktiven Faktors hergestellten zusätzlichen Güter am Markt von Konsumenten gekauft werden. Daraus erkennt man, dass die Angebotsanalyse und die sich daraus ergebende Angebotskurve des Anbieters am Markt zum einen von der Nachfragefunktion des Anbieters über die produktiven Faktoren und zum anderen von der Nachfragefunktion der Konsumenten über die durch den Anbieter hergestellten Güter abhängen.²²⁷ Die ökonomische Erklärung der Unternehmenshandlungen kann daher auf die Nachfrageanalyse vom Unternehmen und Konsumenten zurückgeführt werden, und die Schlussfolgerungen aus der Angebotsanalyse und die Formen der Angebotskurve einer bestimmten Industrie, müssen auch mit dem Nachfragegesetz vereinbar sein.

²²⁴ Vgl. *ders.*, SoD 2010, S. 39–41.

²²⁵ Vgl. *ders.*, IaC 2010, 176 f.

²²⁶ Siehe etwa *Alchian*, *Alchian* 2006, 2006, S. 180, 183–185.

²²⁷ Bei dem Markt, wo keine Produktion stattfindet, bezeichnet sich die Nachfragekurve unmittelbar als die Angebotskurve. Vgl. *Cheung*, IaC 2010, 20 f.

Außerdem kann die Nachfrageanalyse auf das Nichtmarktverhalten des Akteurs verwertet werden, bei dem der Schattenpreis menschlicher Handlung durch deren Grenzkosten einzuschätzen ist.²²⁸ Durch das konkrete menschliche Verhalten unter dem gegebenen Umstand sind schon die Entscheidung zwischen verfügbaren Alternativen und demzufolge der Verzicht auf andere verfügbare Alternativen impliziert. Der Schattenpreis dieses Verhaltens ist also der aufgegebene höchste Gewinn aus verlassenen Alternativen; wenn sich der Gewinn aus anderen Alternativen unter geändertem Umstand erheblich erhöht, kann man erwarten, dass sich dieser Akteur anders verhalten wird, z.B., ein Jurastudent ist von seinem Schwiegervater versprochen, dass ihm ein luxuriöses Handy „Mi Mix“ geschenkt wird, falls er in einem Jahr das juristische Staatsexamen bestehen wird. Das Versprechen von seinem Schwiegervater ändert die Restriktionen, denen der Jurastudent gegenübersteht, erhöht den Schattenpreis seiner Freizeit und führt gem. dem Nachfragegesetz zur Reduzierung seiner Freizeit.

Der Gewinn und die Kosten des Nichtmarktverhaltens müssen nicht auf das kommerzielle bzw. monetäre Interesse eingeschränkt sein, sie beiden können auch das immaterielle Interesse umfassen.²²⁹ Nehmen wir weiter an, dass die Frau des Jurastudenten jetzt schwanger ist und das geborene Kind für ihn als das ökonomische Gut darstellt, dies erhöht sowohl seinen Schattenpreis der Freizeit als auch seinen Schattenpreis zur Vorbereitung für das Staatsexamen, wofür das Nachfragegesetz natürlich gilt. Nehmen wir danach an, dass wegen des geborenen Kindes der Jurastudent weiter von seinem Schwiegervater versprochen wird, er werde eine sehr gut verdienende Stelle bekomme, egal ob er das juristische Staatsexamen bestehe. Das neue Versprechen erhöht für ihn die ganze Nachfrage nach der Freizeit, und bei unverändertem Schattenpreis der Freizeit oder bei unverändertem Gewinn aus dem Bestehen des Staatsexamens wird dieser Jurastudent trotzdem mehrere Freizeiten verbrauchen.²³⁰

Soweit es sich bei dem menschlichen Verhalten um irgendwelches ökonomische Gut handelt, ist die Nachfrageanalyse stets gültig; deren Geltungsumfang ist also durch den Umfang des ökonomischen Gutes zu begrenzen. Das kostenfreie Gut, nämlich das konkurrenzimmunisierte Gut, existiert in der realen Welt sehr selten. Selbst wenn es existiert, ist zu seinem Verbrauch in der Regel die Erlangung anderer ökonomischen Güter erforderlich, z.B. obwohl die saubere Luft im Landkreis der Stadt Bonn als das kostenfreie Gut angesehen ist, ist zu seinem Verbrauch erforderlich, die

²²⁸ Ders., SoD 2010, 146 f.

²²⁹ Ders., SoD 2010, S. 127.

²³⁰ Hier gilt das Versprechen des Schwiegervaters, seinem Schwiegersohn eine Stelle anzubieten, als das Substitutionsgut des Bestehens des juristischen Staatsexamens, daher bezeichnet sich als das Komplementärgut der Freizeit des Jurastudenten und führt zur Erhöhung seiner Freizeitnachfrage.

Fahrtkosten zu zahlen, oder ein dort liegendes Haus zu kaufen, dann kann man auf diese ökonomischen Güter die Nachfrageanalyse anwenden.²³¹

Der Geltungsumfang der Nachfrageanalyse ist also das Bereich aller menschlichen Handlungen,²³² weil es sich beim jeglichen menschlichen Verhalten unmittelbar oder mittelbar um das ökonomische Gut handelt. Der Zweifel, ob die ökonomische Analyse zur Erklärung des sog. altruistischen Verhalten geeignet ist, ist leicht durch die Nachfrageanalyse abzuräumen: Das sog. altruistische Verhalten ist dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer des ökonomischen Gutes zugunsten den Interessen anderer Akteure dieses Gut verbraucht. Die Frage, ob ein solches Verhalten sein eigenes Interesse oder Nutzen erhöht, muss von den Anhängern der Nutzenanalyse bejaht sein, aber kann bei der Nachfrageanalyse dahinstehen; bei der Nachfrageanalyse handelt es sich nicht darum, wie das ökonomische Gut von seinem Eigentümer verwendet wird, sondern darum, wie viele Mengen des ökonomischen Gutes bei geänderten Preisen von ihm erlangt werden, wobei das Nachfragegesetz sicherlich gültig ist.²³³

c) Die Vorteile der Nachfrageanalyse gegenüber der Nutzenanalyse, zugleich die Wissenschaftlichkeit des Nachfragegesetzes

Der erste Vorteil liegt darin, dass die Nachfragekurve eine bestimmte Form hat, sie ist stets im Koordinatensystem durch eine von linksoben nach rechtunten absteigende Kurve gekennzeichnet, auf der die Abszissenachse die Menge des ökonomischen Gutes pro Zeiteinheit und die Ordinatenachse dessen Preis darstellt. Dies bringt die Möglichkeit der Formulierung der Nachfragefunktion und auch die Widerlegbarkeit der Nachfragefunktion anhand der empirischen Daten, die in der Regel die Konsummengen und der Preis des ökonomischen Gutes enthalten. Der zweite Vorteil der Nachfrageanalyse besteht darin, dass dabei die Kausalität zwischen den geänderten Randbedingungen und deren Folgen leicht bestimmbar und prüfbar ist. Denn entsprechend dem Nachfragegesetz führen diese Faktoren entweder zur Preisänderung des verbrauchten Gutes, oder zur Nachfrageänderung nach diesem Gut, und die beiden verursachen endgültig die Änderung der verbrauchten Mengen am Gut. Alle solchen Änderungen können in der realen Welt beobachtet werden. Im

²³¹ Das Gleiche gilt für das sog. öffentliche Gut, dessen Grenzkosten null betragen. Beispielsweise zählen zum öffentlichen Gut die an Hochschulen von Professoren vermittelten Erkenntnisse, weil die Verbreitung der Erkenntnisse an einem zusätzlichen Studenten nahezu kostenlos ist. Aber in der Realität sind diese Erkenntnisse mit den begrenzten Studienplätzen verknüpft, deshalb kann durch den Preis des Studienplatzes der Schattenpreis dieser Erkenntnisse eingeschätzt werden. Die Sinfonie gehört zwar zum öffentlichen Gut, aber die Plätze am Open-Air-Konzert der Staatskapelle Berlin sind begrenzt, und für einen Milliardär ist der Schattenpreis der Teilnahme an solchem Konzert zu hoch. Vgl. *Cheung*, SoD 2010, S. 211–221.

²³² *Cheung*, SoD 2010, 131f.; *Allen*, EP 2007, S. 54–56.

²³³ Gary Becker gibt auch zu, dass die Nachfrageanalyse für das sog. irrationale Verhalten gilt. „Just as a negative relation between price and quantity is consistent with irrational behavior, so too is it consistent with patriotism and love“. *Becker/Grossman*, Economic Theory, S. 31.

Gegensatz dazu kann die Frage, wie die geänderten Faktoren zur Änderung menschlichen Handlungen in Bezug auf die Nutzenmaximierung führen, nicht unmittelbar beantwortet werden, und die Ursache der Änderung menschlichen Handlungen lautet regelmäßig, sie maximiere den Nutzen des Akteurs, was eigentlich die tautologische Erklärung ist.²³⁴

Gegen die Nachfrageanalyse ist eingewendet, die Nachfragekurve sei aus der Indifferenzkurve abgeleitet und das Nachfragegesetz unterliege dem Giffen-Widerspruch. Um diesen Einwand zurückzuweisen, ist in dieser Arbeit die Auffassung vertreten, dass das Nachfragegesetz das selbständige ökonomische Gesetz ist, und dass der Giffen-Widerspruch nur logisch existieren kann und in der realen Welt durch den unvermeidlichen Wettbewerb ausgeschlossen ist.²³⁵ Der Giffen-Widerspruch besagt, dass die nachgefragten Mengen an einem bestimmten inferioren Gut verringert werden, obwohl der Gutspreis in der Regel durch das vergrößerte Angebot verringert ist.²³⁶ Es ist allerdings unbeachtlich, dass beim Giffen-Widerspruch der Gewinn der Anbieter des bestimmten inferioren Gutes auch verringert wird. Dann werden die Anbieter als rationale Handelnde den Fall des Giffen-Widerspruches niemals am Markt geschehen lassen, indem sie nicht überflüssige Güter am Markt anbieten.²³⁷ Dies führt dazu, dass in der realen Welt der Giffen-Widerspruch niemals beobachtet wird; er kann nur in einer Robinson-Crusoe-Welt existieren, wo es keine mitmenschliche Konkurrenz gibt.²³⁸ Vom Standpunkt der Wissenschaftstheorie aus behält die logische Möglichkeit des Giffen-Widerspruches die logische Widerlegbarkeit des Nachfragegesetzes vor. Dass die empirischen, realen Restriktionen diese logische Widerlegbarkeit allerdings ausschließt, gerade beweist, dass das Nachfragegesetz und die auf ihm basierte Nachfrageanalyse zur wissenschaftlichen Erklärung des menschlichen Verhaltens geeignet sind.

4. Warum das ökonomische Basiswissen wichtig ist

In diesem Kapitel ist also das Basiswissen der Ökonomik sehr ausführlich erklärt. Da es sich in dieser Arbeit um die interdisziplinäre Forschung handelt, hängt deren Erfolg im großen Teil davon ab, ob das Basiswissen der Ökonomik für die Rechtswissenschaftler klar gemacht werden kann. Es ist durch die ausführliche Erklärung über das Basiswissen zu erreichen, die Missverständnisse sowohl von Anhängern als

²³⁴ Vgl. *Agassi*, *Philos. Soc. Sci.* 1 (1971), 49, 52; *Simon*, *J. Bus.* 59 (1986), 209, 222 f.

²³⁵ Vgl. *Cheung*, *SoD* 2010, S. 123–126.

²³⁶ Zu den Giffen-Gütern in ökonomischen Lehrbüchern zählen das Brot in Britannien in 18er und 19er Jahrhundert und die Kartoffel in den irischen Familien in den Jahren 1845–1849, allerdings sind durch historisch-empirische Untersuchungen nachgewiesen, dass die Brot- und Kartoffelnachfrage während dieser jeweiligen Phasen auf keine positive Steigung verweisen. Vgl. *Stigler*, *J. Pol. Econ.* 55 (1947), 152 ff.; *Dwyer/Lindsay*, *Am. Econ. Rev.* 74 (1984), 188 ff.

²³⁷ Vgl. *Cheung*, *SoD* 2010, S. 193–198.

²³⁸ *Ders.*, *SoD* 2010, S. 126.

auch von Kritikern der ökonomischen Analyse des Rechts zu bereinigen, damit die Kooperation zwischen Ökonomik und Rechtswissenschaft ermöglicht wird.²³⁹

Ein verbreitetes Missverständnis für die Ökonomik liegt darin, dass ein kardinaler Nutzenbegriff bei Rechtsökonomik unterstellt ist und daher die Nutzenanalyse mit dem Utilitarismus verbunden ist. In der deutschen Literatur über die Rechtsökonomik findet man häufig derartige Darstellung bei der sog. Nutzen-Kosten-Kalkül: diese Rechtsnorm sei deshalb effizient, weil sie dazu führe, dass sich der Nutzen des Akteures erhöhe und die Kosten übersteige. Auf der individuellen Ebene seien sowohl der Nutzen als auch die Kosten durch die Zahlungsbereitschaft des Individuums, nämlich in Geldeinheiten einzuschätzen, und der positive Saldo zeige die Wohlfahrtserhöhung.²⁴⁰ Dies entspricht natürlich dem ordinalen Nutzen, gilt allerdings nicht für die normative Rechtsökonomik, bei der die Messung der gesellschaftlichen Wohlfahrt erforderlich ist. Es ist offensichtlich, dass durch die Rechtsregelungen unbedingt einige Akteure begünstigt und einige andere beschädigt werden, daher ist bei der normativen Rechtsökonomik die interspersönliche Wohlfahrtsvergleichen unvermeidlich, wobei der kardinale Nutzen zwangsläufig in Anspruch genommen ist.²⁴¹ Hingegen geht seit 60en Jahren des 20. Jahrhunderts die Nutzenanalyse vom ordinalen Nutzen aus und ist bereits von der Grundlage des Utilitarismus freigestellt. Wenn die Nutzenanalyse – obwohl der Autor die Nutzenanalyse ablehnt – stets an dem ordinalen Nutzen festhält, kann sie von den Einwänden gegen den Utilitarismus unberührt bleiben.

Ein anderes, aber möglicherweise zu gravierenden Fehlern führendes Missverständnis ist das des Kostenbegriffs, was der typische Fall in der ökonomischen Analyse des Kartellrechts ist. Seit langem ist vorzuschlagen, dass in der Kartellrechtspraxis mehrere ökonomische Ansätze durchgesetzt werden sollen, um wirtschaftswissenschaftliche Begründungen für die gem. dem europäischen oder deutschen Kartellrecht vorgenommenen Sanktionen gegen das wettbewerbsbeschränkende Verhalten herauszufinden. Nach der herkömmlichen ökonomischen Analyse hat grundsätzlich das wettbewerbsbeschränkende Verhalten, das vom Unternehmen mit Marktmacht begangen ist, zwei negative Folgen, nämlich ineffiziente Marktangebote und Verluste der Konsumentenrente. Das Unternehmen mit Marktmacht hierbei handle als Preisführer und die gegenüber ihm stehende Marktnachfragekurve sei gleich auch seine Erlöskurve. Mit der Strategie der linearen Preisbestimmung biete dieses Unterneh-

²³⁹ Die Bedingungen der Interdisziplinarität sind von Hilgendorf sehr zutreffend erläutert: „Eine sehr wichtige Erfolgsbedingung interdisziplinärer Kooperationen ist schließlich die Bereitschaft und die Fähigkeit, sich klar und unmissverständlich auszudrücken. ... Interdisziplinäre Projekte können nur gelingen, wenn jeder Beteiligte den unbedingten Willen mitbringt, sich verständlich zu machen, nicht Positionen, sondern Argumente auszutauschen, Kritik gegenüber offen zu sein und, wenn nötig, die eigene Position zu modifizieren.“ *Hilgendorf*, JZ 65 (2010), 913, 921.

²⁴⁰ Vgl. *Schäfer/Ott*, LÖAZ 2012, S. 22; *Eidenmüller*, EaR 2015, 51 f.

²⁴¹ Vgl. *Eidenmüller*, EaR 2015, S. 52; *Künzler*, ARSP 98 (2012), 1, 9; *Mathis*, EsG 2009, S. 63.

men sein Gut am Markt zu diesem Punkt an, wo sich seine Grenzkosten- und Grenzerlöskurve überschneiden; da die Angebotsmengen an diesem Punkt kleiner als die dort seien, wo sich seine Grenzkosten- und Marktnachfragekurve überschneiden, habe es nach dem Kriterium der Sozialwohlfortschrittsmaximierung bzw. der Maximierung der Summe von der Produzenten- und Konsumentenrente ineffiziente Güter produziert.²⁴² Selbst wenn das Unternehmen mit Marktmacht durch die Strategie der perfekten Preisdiskriminierung das ökonomische Effizienzziel erreiche und daher kein sozialer Wohlfahrtsverlust erleide, werde die Wohlfahrt der Konsumenten bzw. die Konsumentenrente verringert oder sogar völlig vom Unternehmen erlangt. Aus diesen Gründen solle durch angemessene Sanktionen das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Unternehmens verhindert werden.

Die oben ausgeführte Analyse geht allerdings von der falschen Kostenbestimmung des Unternehmens aus und vernachlässigt, dass die Marktmacht als solche von jeglichem Unternehmen als das ökonomische Gut verwertet wird. Wenn der Preisführer seine eigenen Produktionen vornimmt, kann und wird er seine Marktmacht durch vielfältige Strategien, wie die Preisdiskriminierungen und das Produktbündel,²⁴³ ausüben. Der Preisführer kann aber gleichzeitig seine Marktmacht auch veräußern, indem er auf seine eigenen Produktionen verzichtet und seine Produktionskapazität dem anderen Unternehmen veräußern, damit er den Gewinn aus seiner Marktmacht erhält; nachdem er seine Marktmacht veräußert hat, wird er mit gleichen Ressourcen in andere Bereiche investieren. In diesem Fall sind die Kosten des Preisführers zu eigenen Produktionen die Summe von dem Gewinn aus dem Veräußern seiner Marktmacht und dem Gewinn aus der Investition in andere Bereiche, daher machen die Kosten der Marktmachtausbeutung des Preisführers den Gewinn aus dem Veräußern seiner Marktmacht aus. Solange die Marktmacht dem Preisführer zusteht und ihre Ausnutzung nicht durch rechtliche Sanktionen eingeschränkt wird, gehört der Gewinn aus der Marktmacht von vornherein zum Preisführer und nicht dem Bestandteil der Konsumentenrente, weil dieser Gewinn Bestandteil der Kosten des Preisführers zu eigenen Produktionen bildet. Aus diesen Gründen ist von Milton Friedman und Steven Cheung diese Auffassung zu vertreten, dass die gegenüber dem Monopolisten stehende Marktnachfragekurve bei linearer Preisbestimmung ohne Preisdiskriminierung die Durchschnittskostenkurve des Monopolisten und bei perfekter Preisdiskriminierung seine Grenzkostenkurve ist.²⁴⁴

Daraus ergibt sich, dass der gegenüber dem Preisführer stehende Marktnachfrage eigentlich seine Kostenkurve ist; der Preisführer produziert dann die Güter immer an diesem Punkt, wo sich die Grenzkosten und dem Marktpreis schneiden, der Einwand

²⁴² Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie 2011, 22-27, 31-34, 48 f.; *Blair/Carruthers*, Hylton et al. 2010, 2010, S. 64 ff.

²⁴³ *Varian*, Mikroökonomik, S. 513–530.

²⁴⁴ *Cheung*, PTuPS, 207 f.; *Friedman*, Price Theory 2007, 126 f. Hier sind die Informationskosten des Preisführers zur Durchführung der Preisdiskriminierung als Transaktionskosten nicht berücksichtigt.

der ineffizienten Angebote ist daher nicht berechtigt. Die Aussage, dass der Preisführer durch die Marktmachtausnutzung die Konsumentenrente abnimmt, ist nicht-zutreffend, ganz im Gegenteil, durch die Kartellrechtspraxis ist dem Preisführer der durch seine eigene Marktmacht verwirklichte Gewinn zu rauben, um die Konsumenten zu subventionieren. Diese Art der Subvention erhöht nicht unbedingt die Konsumentenrente, weil wegen des verringerten Gewinns der Preisführer ggf. gar keine solcher Produkte anbieten und direkt in andere Bereichen investieren könnte, und ohne das Angebot des Gutes würden die Konsumenten überhaupt keine Rente erlangen.²⁴⁵ Mit der richtigen ökonomischen Analyse, insbesondere mit dem richtigen Verständnis des Kostenbegriffs kann man sagen, dass die Kartellrechtspraxis nicht wirtschaftswissenschaftlich, sondern nur politisch begründet werden kann.

²⁴⁵ Es kann sein, dass die Zulässigkeit der Marktmachtausnutzung den Markt erweitert. Dies zeigt sich bei der Preisdiskriminierung. Vgl. *Armstrong*, Antitrust, 2008, S. 433, 439–441.

Kapitel 3 Die Rechtsökonomik

I. Die Einleitung

Im Kapitel 1 ist schon festgestellt, dass die bisherigen Heranziehungsmodelle der Rechtsökonomik bei der Rechtsanwendung deshalb scheitern, weil in Orientierung an der Wohlfahrtsökonomik die ökonomische Effizienz als Ziel der Rechtsanwendung eingesetzt wird, die aber nicht völlig mit anderen Rechtsprinzipien vereinbar ist. Als Ausweg bietet sich die positive Ökonomik an, die von jedem Werturteil freigestellt und daher mit jedem Rechtsprinzip kompatibel ist. Im Kapitel 2 ist diese Art Ökonomik eingehend vorgestellt, dabei handelt es sich um die auf dem Nachfragegesetz basierte ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens, die sich vor allem mit der Bestimmung der relevanten Restriktionen unter gegebenem Umstand beschäftigt. Zu diesen Restriktionen gehören unter anderem die geltenden Rechtsnormen, die als variable Restriktionen das menschliche Verhalten bei *ceteris paribus* bewirken können und werden.

In diesem Zusammenhang kann im Zivilrechtsverkehr die Verhaltenssteuerungsfunktion des Zivilrechts allgemein bejaht werden.²⁴⁶ Sie ist zwar durch die zur Präventionsfunktion dienenden Zivilrechtsnormen in den Vordergrund gestellt, z.B. die Rechtsvorschriften im BGB über Zuwendung unbestellter Ware (§ 241a BGB), Gewinnzusagen (§ 661a BGB), Vertragsstrafe (§ 339 BGB) und Gesetzverbot und Sittenwidrigkeit der Bereicherung (§ 817 S. 2 BGB),²⁴⁷ aber kann gleichfalls durch die der Interesseausgleichfunktion dienenden Rechtsvorschriften begründet werden, z.B. ohne die Vorschrift über Art und Umfang des Schadensersatzes (§ 249 BGB) müssten die Vertragsparteien bei jedem Schuldverhältnis mehrere Verhandlungskosten oder übermäßige Sorgfaltskosten tragen, die möglicherweise den Gewinn aus diesem Schuldverhältnis überschreiten und daher zum Schreiten des Vertragsschlusses führen dürften, d.h. ohne § 249 BGB würden sich die Mengen der Schuldverhältnisse sehr wahrscheinlich verringern.²⁴⁸ Solange die zivilrechtlichen Vorschriften nach der ökonomischen Ansicht als die das menschliche Verhalten beeinflussenden Faktoren gewertet sind, steuern sie direkt oder indirekt das menschliche Verhalten.

Aus dem Gedanken, dass unterschiedliche Rechtsnormen zu unterschiedlichen Handlungen führen können, erhebt sich sofort die Frage, welche Rechtsnormen im Vergleich mit den anderen als besser oder angemessener beurteilt werden, weil in der Rechtswissenschaft das Werturteil unvermeidlich ist. Um diese Frage zu beant-

²⁴⁶ Vgl. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 363 f., 423-426.

²⁴⁷ *Ders.*, AcP 206 (2006), 352, 364-371; die Präventionsfunktion des § 817 S. 2 BGB hält Lars Klöhn für teilweise berechtigt, er begründet darüber hinaus, dass § 817 S. 2 BGB als Rechtsmittel zum Lösen der Kooperationsdilemmas dienen kann, was ebenfalls für die Verhaltenssteuerungsfunktion des Zivilrechts spricht. Vgl. *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804, 820 f., 841-846.

²⁴⁸ Vgl. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 426 f.

worten, wendet man sich in der Regel an die auf die Wohlfahrtsökonomik abstellende normative Rechtsökonomik, dementsprechend ist die Effizienz als Kriterium der Rechtsnormen in Anspruch genommen, es sei also die effiziente bzw. wohlfahrtsersteigende Rechtsnorm auszuwählen. Allerdings haben die Schüler von Ronald Coase überzeugend begründet, dass die sog. Ineffizienz in der empirischen Welt niemals beobachtet werden und die Effizienz in der realen Welt unmöglich als normatives Prinzip verwendet werden kann, soweit die Transaktionskosten bei der ökonomischen Erklärung herangezogen sind. Dementsprechend wird in diesem Kapitel eine positive wissenschaftliche Rechtsökonomik vorgestellt, ihre Kernthese ist das richtig verstandene Coase-Theorem.

II. Das intuitive Verstehen des Coase-Theorems

Im Aufsatz „The Problem of Social Cost“ hat Coase selbst kein irgendwelches Theorem aufgestellt, er hat auch kein Interesse an der Aufstellung eines abstrakten Theorems,²⁴⁹ vielmehr führte er vielfältige Beispiele an, die vor allem aus den britischen oder amerikanischen Gerichtsurteilen kommen, um die reziproke Natur schädigender Handlungen²⁵⁰ und den Fehler der Divergenz zwischen den sog. privaten und sozialen Kosten²⁵¹ aufzuweisen. Die populäre Version des Coase-Theorems ist erst von anderen Ökonomen aufgestellt worden und setzt die Null-Transaktionskosten voraus. Beim intuitiven Verstehen des Coase-Theorems handelt es sich um diese populäre Version des Coase-Theorems, die im Folgenden ausführlich erklärt wird.

1. Die Erklärung des Coase-Theorems anhand der deutschen Katzenurteile

Die von Coase angeführten Beispiele könnten den Eindruck erwecken, die Idee des Coase-Theorems sei seit Langem im britischen oder amerikanischen Fallrechtssystem verankert, und in der deutschen Literatur ist zum intuitiven Verstehen des Coase-Theorems immer noch das berühmte Weizen-Zaun-Kuh-Beispiel²⁵² verwendet. Dieser Eindruck ist natürlich nicht sachgemäß, und zum intuitiven Verstehen des Coase-Theorems können deutsche Katzenurteile sehr passend dienen.

a) Die Vorkenntnisse über deutsche Katzenurteile

Die Katze als Haustier ist in Deutschland sehr beliebt, aber die Katzenhaltung löst den Rechtsstreit zwischen dem Katzenhalter und seinem Nachbarn aus, denn entsprechend ihrer Natur pflegt die Katze den freien Auslauf zu haben, so kann sie den Garten oder das Wohnbereich des Nachbarn ihres Halters betreten, wo sie den Kot ablagert, die Blumen und Pflanzen zerstört, den Fischteich räubert, das Halten der Katzen mit freiem Auslauf führt also zur Disharmonie des nachbarschaftlichen

²⁴⁹ Coase, FML, S. 157.

²⁵⁰ Ders., J. Law Econ. 3 (1960), 1, 2.

²⁵¹ Ders., J. Law Econ. 3 (1960), 1, 39–44.

²⁵² Vgl. ders., J. Law Econ. 3 (1960), 1, 2–8.

Verhältnisses zwischen dem Katzenhalter und seinem Nachbarn und weiter zum Rechtsstreit zwischen ihnen, der in vielen Fällen durch Gerichtsurteile zu lösen ist. Aufseiten des Tierhalters stellt sich sein billigenswerte Interesse, die Katzen möglichst artgerecht mit freiem Auslauf zu halten, als Ausdruck seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar;²⁵³ aufseiten des Nachbarn des Tierhalters kann sein Eigentum wegen des Betretens durch die Katzen gestört werden.²⁵⁴ Dabei handelt es sich zunächst um die Frage nach der Rechtszuordnung, ob sich der Nachbar des Katzenhalters mit Rücksicht auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis zur Duldung des Betretens des Grundstücks durch die Katzen verpflichtet, und dann um die rechtliche Festsetzung der höchsten Zahl der mit freiem Auslauf zu haltenden Katzen, die vom Nachbarn des Katzenhalters geduldet werden müssen.

In Deutschland gibt es eine Serie Katzenfälle, und nach den überwiegenden Rechtsprechungen muss der Nachbar des Katzenhalters grundsätzlich zur Duldung des Betretens seines Grundstücks oder Wohnbereiches durch eine oder zwei Katzen verpflichtet sein,²⁵⁵ egal ob es sich dabei um Doppelhaus mit Garten,²⁵⁶ oder nachbarliche Anwesen,²⁵⁷ oder Reihenhäuser mit Gärten,²⁵⁸ oder Mehrfamilienhäuser²⁵⁹ handelt, und auch egal ob der Nachbar des Katzenhalters der Eigentümer oder der Mieter solcher Grundstücke ist.²⁶⁰ Um die Erörterung des Coase-Theorems hier einfacher zu machen, wird eine typische, auch sehr interessante Rechtsprechung vom OLG Celle im Jahr 1986 als Musterbeispiel eingeführt.²⁶¹

Der Haupttatbestand dieser Rechtsprechung lautet: Die Beklagte als Katzenhalter ist der Nachbar des Klägers. Die beiden Parteien bewohnen in einem Gebiet mit Vorortcharakter Reihenhäuser mit Gärten, und haben sich darauf geeinigt, den bauseitig vorgesehenen Zaun nicht zu errichten und stattdessen Büsche zu pflanzen, weil die beiden Parteien verhindern wollten, dass die Grundstücke ein käfigartiges Aussehen erhalten. Die Beklagte hält wenigsten drei Katzen, die wiederholt das Grundstück des Klägers betreten. Unsicher ist es, ob die Beklagte fremde Tiere durch Fütterung anlockt. Außerdem hat der Kläger ein kleines Kind.

b) Die reziproke Natur schädigender Handlungen vor der Rechtsprechung

Bevor der Rechtszustand bzw. das Rechts- und Pflichtverhältnis zwischen den beiden Parteien durch die Rechtsprechung rechtlich bestimmt ist, ist die reziproke Natur

²⁵³ LG Lüneburg NZM 2001, 397, 399; LG Bonn NJW-RR 2010, 310, 312

²⁵⁴ AG Passau NJW 1983, 2885; AG Neu-Ulm NZM 1999, 432

²⁵⁵ Staudinger/Roth, § 906 Rn. 118; LG Bonn NJW-RR 2010, 310, 311

²⁵⁶ OLG Köln NJW 1985, 2338; OLG München NJW-RR 1991, 17

²⁵⁷ AG Diez NJW 1985, 2339

²⁵⁸ OLG Celle NJW-RR 1986, 821

²⁵⁹ LG Bonn NJW-RR 2010, 310

²⁶⁰ LG Bonn NJW-RR 2010, 310, 311

²⁶¹ OLG Celle, Urt. v. 27. 03. 1986, Rs. 4 U 64/85. = OLG Celle NJW-RR 1986, 821

schädigender Handlungen im hier vorliegenden Tatbestand offensichtlich: Auf einer Seite führt das Katzenhalten mit freiem Auslauf dazu, dass die Katzen regelmäßig das Grundstück des Klägers betreten, was weiter zur Pflanzenstörung und Katzenkotablagerung im Garten des Klägers führt, und die Katzenkotablagerung kann möglicherweise die Gesundheit des kleinen Kindes des Klägers schädigen, deshalb stellt sich das Katzenhalten mit freiem Auslauf für den Kläger als die schädigende Handlung dar. Auf der anderen Seite hat der Unterlassungsanspruch des Klägers, das Betreten durch die Katzen zu verbieten, unbedingt das freie Auslaufenlassen der Katzen der Beklagten eingeschränkt und daher das billigenswerte Interesse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beklagten verletzt; falls das Betreten des Grundstücks des Klägers durch die Katzen völlig verboten wäre, dann müssten die Katzenhaltung von der Beklagten abgeschafft werden, deshalb ist die Unterlassung des Betretens durch die Katzen für die Beklagten auch als schädigend angesehen. Folglich ist zum Schutz des Interesses einer Partei das Interesse der anderen Partei zu vernachlässigen. Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht vor allem darin, die Grenze an den beiden gegenseitigen Interessen der Parteien zu bestimmen.²⁶²

c) Die Rechtszuordnung durch die Rechtsprechung und ihre Folge

Laut der aktuellen Rechtsprechung soll sich der Kläger das Betreten seines Grundstücks durch eine Katze der Beklagten zur Duldung verpflichtet,²⁶³ allerdings besteht diese Duldungspflicht nicht für mehr als eine Katze.²⁶⁴ Ihre Begründung – wie gefolgt von ständigen Rechtsprechungen – lautet folgendes: Zwar stellt das Betreten des Grundstücks durch Katzen weder Zuführung unwägbarer Stoffe noch ähnliche Einwirkungen iSd § 906 I BGB dar, weshalb dem Kläger grundsätzlich ein Verbetungs- und Unterlassungsanspruch gem. § 1004 I BGB zusteht, aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) wird der Inhalt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses mit gegenseitiger Rücksichtnahme näher bestimmt,²⁶⁵ was ggf. eine gesteigerte Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme statuiert und in diesem Fall dazu führt, dass der Kläger das Betreten seines Grundstücks durch eine Katze hinnehmen muss. Hingegen stellt sich das Betreten des Grundstücks durch mehr als eine Katze als unzumutbare Beeinträchtigung dar, zumal der Kläger ein kleines Kind hat, deshalb besteht keine Duldungspflicht des Klägers für das Betreten durch mehr als eine Katze, und dem Kläger kommt dann das Abwehrrecht gem. § 1004 I BGB zu.

²⁶² Das oben Ausgeführte entspricht völlig der Idee von Coase: „We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would be to inflict harm on A. The real question that has to be decided is, Should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? the problem is to avoid the more serious harm“. Coase, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 2.

²⁶³ OLG Cell, Urt. v. 27. 03. 1986, Rs. 4 U 64/85. Rn. 20.

²⁶⁴ OLG Cell, Urt. v. 27. 03. 1986, Rs. 4 U 64/85. Rn. 29.

²⁶⁵ OLG Cell, Urt. v. 27. 03. 1986, Rs. 4 U 64/85. Rn. 21f.; NJW 1985, 2338; NJW-RR 1994, 147, 148; NZM 2001, 397, 398

Aus der Rechtsprechung ergibt sich sofort, dass das Katzenhalten mit freiem Auslauf jetzt dem rechtlichen Interesse der Beklagten zugeordnet wird und das Betreten des Grundstücks des Klägers durch diese Katzen daher vom Kläger hinzunehmen ist, dessen Unterlassung vom Kläger ist also dann als die schädigende Handlung gewertet. Parallel dazu stellt sich das solche Betreten durch mehr als eine Katze, das in der Regel durch das freie Auslaufenlassen von mehr als einer Katze verursacht wird, als die von der Beklagten vorgenommene schädigende Handlung dar, und dessen Unterlassungsanspruch wird dem Kläger zugeordnet. Die konkrete Handlung, die vor der Rechtsprechung als die schädigende Handlung sowohl des Klägers als auch der Beklagten anzusehen ist, gehört nach der Rechtsprechung eindeutig zur schädigenden Handlung entweder des Klägers oder der Beklagten, d.h. die Rechtsprechung hat zur Folge, dass die reziproke Natur schädigender Handlung erlischt. Die Rechtsprechung beschäftigt sich also aus der rechtsrealistischen Sicht mit der Begrenzung der Rechts- und Pflichtverhältnisse zwischen beiden Parteien; falls diese Grenze durch die Rechtsprechung eindeutig gemacht wird, existiert die reziproke Natur schädigender Handlung nicht mehr.

d) Das endgültige Ergebnisoptimal bei Null-Transaktionskosten nach der Rechtsprechung

Der Inhalt der populären Version des Coase-Theorems ist es, dass unabhängig von der anfänglichen Rechtszuordnung zwischen den betroffenen Parteien das endgültige Ergebnis stets optimal ist, solange die Transaktionskosten dabei null sind.²⁶⁶ In dem Katzen-Fall ist die anfängliche Rechtszuordnung durch das Gerichtsurteil zu schaffen, deshalb kann die populäre Version des Coase-Theorems so umformulieren, dass unabhängig vom Resultat aus dem Gerichtsurteil der Interessenzustand sowohl des Klägers als auch der Beklagten bei Null-Transaktionskosten endgültig optimal ist. Dies ist im Folgenden zu begründen.

aa) Annahmen

Wegen des Betretens durch die Katzen muss sich der Kläger darum bemühen, sein Garten und Kind wiedergutzumachen; diese Bemühungen stellen sich für ihn als die Kosten dar, weil er wegen dieser Bemühungen auf den Gewinn bestimmter verlassenen Ressourcen verzichten muss. Hingegen stellt sich der freie Auslauf der Katzen als der Gewinn der Beklagten dar. Auf dieser Grundlage entstehen aus dem Betreten durch eine zusätzliche Katze bzw. das freie Auslaufenlassen einer zusätzlichen Katze gleichzeitig die Grenzkosten des Klägers und der Grenzgewinn der Beklagten.

Um die Erörterung des Coase-Theorems durch die Katzen-Urteile einfacher zu machen, ist hier eine Tablette über die Grenzkosten des Klägers und den Grenzgewinn der Beklagten einzuführen. Es ist anzunehmen, dass mit steigender Anzahl der mit

²⁶⁶ Die ursprüngliche Aussage von Coase lautet: „the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost.“ *Coase*, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 8.

freiem Auslauf gehaltenen Katzen die Grenzkosten des Klägers steigen und der Grenzgewinn der Beklagten sinkt, was sicherlich der Realität entspricht. Unsicher ist es, ob schon beim Betreten durch die erste Katze der Grenzgewinn der Beklagten höher als die Grenzkosten des Klägers ist, deshalb sind die Daten über die Grenzkosten des Klägers weiter in zwei Situationen zu untergliedern, in Situation I ist beim Betreten durch die erste Katze der Grenzgewinn der Beklagten höher als die Grenzkosten des Klägers, im Gegensatz dazu ist in Situation II schon beim Betreten durch die erste Katze der Grenzgewinn der Beklagten kleiner als die Grenzkosten des Klägers. Die Beklagte hält also vier Katzen.

	(€ pro Zeiteinheit)	Grenzgewinn der Beklagten	Grenzkosten des Klägers, Situation I	Grenzkosten des Klägers, Situation II
Das Betreten	durch die erste Katze	12	5	14
	durch die zweite Katze	10	6	15
	durch die dritte Katze	8	7	16
	durch die vierte Katze	6	8	17

Neben der Verhandlung darüber, ob das Betreten durch zusätzliche Katzen gebilligt wird, können die beiden Parteien über die Errichtung eines Zauns an der Grenze der beiden Grundstücke verhandeln. Allerdings ist dem Tatbestand der Rechtsprechung zufolge die Zaunerrichtung als die Alternative nicht von den beiden Parteien gewollt und durch die vertragliche Absprache ausgeschlossen. Daraus lässt sich ableiten, dass vom ökonomischen Standpunkt aus der Nettogewinn der Zaunerrichtung im hier vorliegenden Fall stets kleiner als der Nettogewinn der vertraglichen Vereinbarung über die Summe der mit frei Auslauf gehaltenen Katzen ist,²⁶⁷ sonst wäre die Zaunerrichtung nicht durch die vertragliche Absprache ausgeschlossen. Deshalb ist im Folgenden nur auf die Verhandlung über das Betreten durch die Katzen abzustellen.

bb) Im Fall der aktuellen Rechtsprechung

²⁶⁷ Der Nettogewinn der vertraglichen Vereinbarung macht den Gewinn minus die Kosten von solcher Vereinbarung aus, deshalb ist der Nettogewinn der Zaunerrichtung der Gewinn minus die Kosten der Zaunerrichtung. Zu den Kosten der Zaunerrichtung gehört die Kompensierung des Verlusts von dem Kläger und der Beklagten wegen der Zaunerrichtung, weil die beiden Parteien durch die vertragliche Absprache verhindern wollten, dass die Grundstücke wegen der Zaunerrichtung ein käfigartiges Aussehen erhalten. Der Nettogewinn der Vereinbarung über die Zahl der mit freiem Auslauf gehaltenen Katzen beträgt die Differenz zwischen dem Gewinn der Beklagten und den Kosten des Klägers nach dieser Vereinbarung.

Obwohl laut der aktuellen Rechtsprechung das Betreten des Grundstücks des Klägers nur durch eine Katze rechtlich zulässig ist, können die beiden Parteien nachträglich weiter verhandeln, ob das Betreten durch die zweite, oder dritte, oder vierte Katze vom Kläger gebilligt ist, damit das Auslaufen von zwei, oder drei, oder vier Katzen erlaubt wird, oder ob das Betreten durch die erste Katze von der Beklagten aufgegeben wird, damit keine Katze mit freiem Auslauf zu halten ist.

In Situation I bringt das Betreten durch die zweite Katze dem Kläger die Kosten in Höhe von 6 € pro Zeiteinheit und der Beklagten den Gewinn in Höhe von 10 € pro Zeiteinheit, dann werden sich die Beiden darüber einigen, dass die Beklagte dem Kläger z.B. 8 € pro Zeiteinheit zahlt, um die Erlaubnis des Klägers für das Betreten durch die zweite Katze zu erlangen. Unter der Annahme der Null-Transaktionskosten ist diese Einigung deshalb gelangt, weil das von der Beklagten gezahlte Geld (8 € pro Zeiteinheit) höher als die daraus entstehenden Grenzkosten des Klägers (6 € pro Zeiteinheit) und kleiner als der Grenzgewinn der Beklagten ist, was dazu führt, dass der Kläger neben der völligen Kompensierung seines verlassenen Gewinns den zusätzlichen Gewinn (2 € pro Zeiteinheit) erhält und die Beklagte neben der Zahlung auch den zusätzlichen Gewinn (2 € pro Zeiteinheit) erlangt. In Situation I geschieht diese Art Verhandlung unter der Annahme der Null-Transaktionskosten weiter, solange beim Betreten durch die zusätzliche Katze der Grenzgewinn der Beklagten höher als die Grenzkosten des Klägers ist, und endlich kann das Betreten durch die dritte Katze von beiden Parteien vereinbart werden, dabei befinden sich die beiden Parteien im optimalen Zustand, weil durch diese Verhandlung sowohl der Kläger als auch die Beklagte den zusätzlichen Gewinn erlangen.

Das optimale Ergebnis ist auch eingetreten, selbst wenn in Situation II beim Betreten durch die erste Katze der Grenzgewinn der Beklagten (12 € pro Zeiteinheit) kleiner als die Grenzkosten des Klägers (14 € pro Zeiteinheit) ist. Denn in diesem Fall werden die beiden Parteien damit vereinbaren, dass alle Katzen der Beklagten zu Hause gehalten sind und gleichzeitig der Kläger der Beklagten z.B. 13 € pro Zeiteinheit vergütet, dann erspart der Kläger 1 € pro Zeiteinheit, und die Beklagte erhält zusätzlich 1 € pro Zeiteinheit Gewinn.

cc) Im Fall der Rechtsprechungsvarianten

Das optimale Ergebnis wäre – wie das Coase-Theorem aufweist – unter der Bedingung der Null-Transaktionskosten auch eingetreten, selbst wenn das LG Celle diesen Katzenfall anders verurteilen würde. Das Gericht könnte entscheiden, dass der Kläger gar keine Duldungspflicht über das Betreten seines Grundstücks durch die Katzen der Beklagten hätte, dann würden die beiden Parteien auch nachträglich darüber verhandeln, ob das Betreten durch zusätzliche Katzen zu billigen wäre: In Situation I würde folglich das Betreten durch drei Katzen von beiden Parteien erlaubt, weil bis zu drei Katzen der Grenzgewinn der Beklagten höher als die Grenzkosten des Klägers beim Betreten durch eine zusätzliche Katze ist; in Situation II würde keine solche Verhandlung gemacht, weil beim Betreten durch die erste Katze die Kosten des

Klägers nicht durch den Gewinn der Beklagten kompensiert werden kann. Es ist sofort erkennbar, dass bei Null-Transaktionskosten das optimale Ergebnis in dieser Rechtsprechungsvariante gleich dem nach der tatsächlichen Rechtsprechung ist.

Das gleiche, aber optimale Ergebnis in anderen Rechtsprechungsvarianten träte wieder ein, solange bei der Verhandlung der beiden Parteien die Null-Transaktionskosten unterstellt wären. Beispielsweise könnte die Erlaubnis des Betretens durch vier Katzen verurteilt werden: in Situation I würde sich die Beiden dann einigen, dass der Kläger der Beklagten z.B. 7 € pro Zeiteinheit gäbe, um das Betreten durch die vierte Katze zu hindern, sodass sowohl der zusätzliche Gewinn (1 € pro Zeiteinheit) von der Beklagten als auch die ersparten Kosten (1 € pro Zeiteinheit) vom Kläger erreicht wären, folglich wäre das Betreten des Grundstücks des Klägers durch drei Katzen der Beklagten vereinbart; in Situation II würde sie miteinander übereinstimmen, dass keine Katze mit freiem Auslauf von der Beklagten gehalten würde und der Kläger der Beklagten zumindest 36 € pro Zeiteinheit zahlen würde; das endgültige Ergebnis ist gleich wie das nach der aktuellen Rechtsprechung.

dd) Zwischenfazit

Zusammenfassend kann man aus diesem Katzenfall zunächst entnehmen, dass bei Null-Transaktionskosten die beiden Parteien nach der Rechtsprechung stets die Verhandlung vornehmen und das endgültige optimale Ergebnis erreichen, was als die Effizienzthese des Coase-Theorems genannt ist. Darüber hinaus scheint es also, dass bei Null-Transaktionskosten dieses endgültige optimale Ergebnis unabhängig von den Rechtsprechungsvarianten immer gleichbleibt, z.B. in Situation I ist immer das Betreten durch drei Katzen von beiden Parteien vereinbart und in Situation II immer das Betreten schon durch keine Katze erlaubt, dies ist als die Invarianzthese des Coase-Theorems genannt, um die sich der erhebliche akademische Streit erhebt.

e) Der Fehler der Divergenz zwischen den privaten und sozialen Kosten

Nach dem Tatbestand der vorliegenden Rechtsprechung könnte die Beklagte möglicherweise durch die Fütterung die Wildkatzen anlocken. Dies ist zwar in der vorliegenden Rechtsprechung unsicher, aber es gibt in Deutschland den realen Rechtsstreit darüber, ob dem Nachbarn das Recht der Fütterung der Wildkatzen zukommt.²⁶⁸ Durch die Fütterung können die streunenden Wildkatzen angelockt werden, die aufseiten der Bewohner des Wohngebiets ihre Grundstücke verunreinigen, die Nachtruhe stören und Fische aus Fischteich räubern. Es scheint also, dass die Fütterung der Wildkatzen von Katzenliebblingen zu Belastungen anderer Bewohner führt, die allerdings nicht in den privaten Fütterungskosten von Katzenliebblingen inbegriffen sind und daher zu den sog. sozialen Kosten der Fütterung der Wildkatzen gehören, dann entsteht die Divergenz zwischen den privaten und sozialen Kosten.

²⁶⁸ OLG Schleswig NJW-RR 1988, 1360; OLG Köln NJW-RR 1989, 205

Vor diesem Hintergrund ist nach der Pigous Meinung der Eingriff der Regierungsmaßnahme, z.B. die sog. Pigou-Steuer, erforderlich, damit die privaten Kosten der Wildkatzenfütterung auf ihren sozialen Kosten balanciert werden. Dies ist von Coase kritisiert, denn dabei handelt es sich eigentlich nicht um die Divergenz zwischen den privaten und sozialen Kosten, sondern – wie im Rechtsstreit um das Betreten durch die Katzen – um die Frage nach der Rechtszuordnung,²⁶⁹ ob den Katzenliebblingen das Recht der Fütterung der Wildkatzen zukommt und sich die anderen Bewohner zur Duldung der wegen der Fütterung entstehenden Belastungen verpflichten. Vor dieser Rechtszuordnung ersieht man auch die reziproke Natur schädigender Handlungen: die Fütterung der Wildkatzen führt zu Belastungen anderer Bewohner, die Unterlassung dieser Fütterung beeinträchtigt aber die Freiheit der Katzenliebblinge. Es ist in Deutschland durch ständige Rechtsprechungen – ganz anders als der Regierungseingriff – diese Art Rechtszuordnung vorzunehmen, danach müssen die betroffenen Bewohner die streunenden Wildkatzen hinnehmen, wenn die Zahl der von Katzenliebblingen gefütterten Katzen zwei nicht übersteigt,²⁷⁰ diese Duldungspflicht erlischt, „wenn auf Grund des Fütterns bis zu 10 Katzen aus der Nachbarschaft angelockt werden“.²⁷¹ Unter der Bedingung der Null-Transaktionskosten, die auch von Pigou stillschweigend angenommen ist, kann das optimale Ergebnis endgültig durch nachträgliche Vereinbarungen erreicht werden, deshalb sind die Pigous Lösung und Analyse über die Divergenz zwischen privaten und sozialen Kosten weder notwendig noch richtig.²⁷² Aber in der realen Welt, wo die Transaktionskosten positiv sind, führen unterschiedliche Rechtszuordnungen zu unterschiedlichen Ergebnissen.²⁷³

2. Die Effizienz- und Invarianzthese des Coase-Theorems

Die populäre Version des Coase-Theorems ist also weiter in zwei Thesen eingeteilt, nämlich die Effizienz- und Invarianzthese.²⁷⁴ Die Effizienzthese besagt, dass die endgültige Ressourcenallokation unter der Bedingung der Null-Transaktionskosten stets effizient ist, unabhängig von der anfänglichen Rechtszuordnung; die Invarianzthese besagt weiter, dass diese optimale Ressourcenallokation bei unterschiedlichen anfänglichen Rechtszuordnungen gleichbleibt.

a) Die Effizienzthese

Die Effizienzthese ist zwar bei Null-Transaktionskosten allgemein anerkannt, aber es ist noch unklar, wie sie sich zu der anfänglichen Rechtszuordnung verhält. Ist die Effizienzthese bei Null-Transaktionskosten gültig, solange es irgendwelche anfängliche Rechtszuordnung gibt, oder selbst wenn es gar keine Rechtszuordnung gibt?

²⁶⁹ Vgl. Coase, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 42 f.

²⁷⁰ OLG Schleswig NJW-RR 1988, 1360

²⁷¹ OLG Köln NJW-RR 1989, 205

²⁷² Coase, Economics and Economists 1994, 1994, S. 3, 10 f.

²⁷³ Ders., J. Law Econ. 3 (1960), 1, 43.

²⁷⁴ Medema/Zerber, Methodology, 2000, S. 836, 838.

Diese Frage kann ohne die Auseinandersetzung mit Transaktionskosten und Rechtszuordnung nicht beantwortet werden, hier wird nur die Antwort gegeben: die Null-Transaktionskosten deuten schon die klare anfängliche Rechtszuordnung an.

b) Die Invarianzthese

Die Invarianzthese unterliegt allerdings den Zweifeln. Gegen diese These wendet man zunächst ein, dass bei Null-Transaktionskosten die Ressourcenallokation in der kurzen Frist unterschiedlich von der in der langen Frist sei,²⁷⁵ und dass die Invarianzthese nur für die bestimmte geschlossene Umwelt und nicht für die offene Umwelt gelte.²⁷⁶ Diese Einwände sind hier zurückgewiesen, weil in ihnen die Null-Transaktionskosten und die klare anfängliche Rechtszuordnung als die notwendigen Bedingungen der Invarianzthese vernachlässigt werden.²⁷⁷ Daneben behauptet man, dass der Einkommenseffekt und der Besitzeffekt die Gültigkeit der Invarianzthese in Frage stellen. Diese Behauptung wird auch durch folgende Auseinandersetzungen zurückgewiesen.

aa) Der Einkommenseffekt

Der Einkommenseffekt stammt aus der klassischen Nachfrageanalyse und besagt, dass die Nachfrage eines Akteurs nach einem ökonomischen Gut steigt, wenn das Einkommen dieses Akteurs steigt. Dies führt weiter dazu, dass bei *ceteris paribus* die von diesem Akteur nachgefragten Mengen dieses Gutes steigen.

Der Einfluss des Einkommenseffekts auf die Invarianzthese kann durch ein Beispiel anschaulich gemacht werden: Der Akteur A ist ein Raucher und schädigt beim Rauchen den Akteur B. Wenn dem A keine Raucherlaubnis zukommt, muss er vom B die Zustimmung dazu kaufen, ob er mit wie vielen Zigaretten rauchen kann. In Situation I erhält A keine Raucherlaubnis und kauft dann vom B die Raucherlaubnis für 10 Zigaretten, weil der Gebrauchswert (bzw. der Preis) der elften Zigarette für A 1,2 € beträgt und die Schädigung der elften Zigarette für B 1,3 € wert ist; und in Situation II erhält A die Raucherlaubnis, was zur Erhöhung des Einkommens vom A führt, nach dem Nachfragegesetz werden die vom A konsumierten Menge der Zigaretten und der Grenzgebrauchswert (bzw. der Preis) einer zusätzlichen Zigarette gleichzeitig erhöht, jetzt beträgt der Gebrauchswert der elften Zigarette für A 1,4 €, der höher als die Schädigung der elften Zigarette für B (1,3 €) ist, deshalb wird in Situation II A 11 Zigaretten rauchen. Da die Ressourcenallokation in Situation II (11 Zigaretten zum Rauchen) unterschiedlich von der in Situation I (10 Zigaretten zum Rauchen)

²⁷⁵ Cooter/Ulen, L&E 2012, S. 86.

²⁷⁶ Holderness, J. Legal Stud. 18 (1989), 181 ff.

²⁷⁷ Hier werden nur die Mängel an solchen Einwänden erwähnt. Der Unterschied zwischen den lang- und kurzfristigen Ressourcenallokation entsteht nur bei positiven Transaktionskosten, vgl. Medema/Zerber, Methodology, 2000, S. 836, 841–843. Und in der offenen Umwelt kann die klare anfängliche Rechtszuordnung nicht vorkommen, was auch von Holderness anerkannt ist, vgl. Holderness, J. Legal Stud. 18 (1989), 181, 186 f.

ist, gilt die Invarianzthese in diesem Fall nicht.²⁷⁸ Darüber hinaus ist die Auffassung zu vertreten, dass die Invarianzthese nur dann gültig ist, wenn die Präferenzen jedes Konsumenten quasilinear sind, bei denen gar kein Einkommenseffekt eingetreten ist.²⁷⁹

Der Einkommenseffekt gehört zum Basiswissen der Preistheorie, es ist kaum vorstellbar, dass Coase als ökonomischer Nobelpreisträger dieses Basiswissen übersähe. Bei den Einwänden gegen die Invarianzthese in ökonomischer Literatur ist immer die Zwei-Personen-Welt unterstellt, es stellt sich dann die Frage, wie die Akteure in der geschlossenen Zwei-Personen-Welt das exklusive Property-Right erlangen; diese Frage ist in Bezug auf das oben angeführte Beispiel so formuliert, wie A oder B vorher die Raucherlaubnis erlangen kann. In dieser geschlossenen Zwei-Personen-Welt, wo es keine äußere Autorität gibt, kann A oder B diese Raucherlaubnis nur durch vertragliche Vereinbarung erlangen; vor diesem Hintergrund kann A die Raucherlaubnis erlangen, nur wenn A nach der vertraglichen Absprache dem B einige ökonomische Vorteile übergeben hat, was aber zugleich das gesamte Einkommen des A verringert. Beim Gleichgewichtsergebnis bleibt das gesamte Einkommen entweder des A oder des B vor und nach der vertraglichen Absprache unverändert,²⁸⁰ sonst würde der Rationalitätsannahme widersprochen, deshalb findet der Einkommenseffekt keine Anwendung für die Zwei-Personen-Welt, wo die Invarianzthese gültig bleibt.

Der Einsatz eines Property-Rights setzt stets eine äußere Autorität und damit auch die Gesellschaft von mehr als zwei Personen voraus. Wenn in dieser Gesellschaft die Null-Transaktionskosten angenommen sind, entsteht auch der vollständige Markt über das Property-Right, wodurch der Marktpreis oder die ökonomische Rente des Property-Rights noch festgelegt ist, diese ökonomische Rente des Property-Rights stellt den höchsten Gebrauchswert des Property-Rights in dieser Gesellschaft dar und

²⁷⁸ In diesem Beispiel ist unterstellt, dass die Raucherlaubnis als ein ökonomisches Gut für den Akteur B keinen Einkommenseffekt hat. Wenn die Raucherlaubnis für B den Einkommenseffekt hat, wird die Ressourcenallokation in Situation II mehr von der in Situation I abweichen, und die Invarianzthese bleibt in diesem Fall noch ungültig. Die ausführliche formelle Begründung findet sich in: Endres, JITE 133 (1977), 637, 639–641; Siemer, Das Coase-Theorem, 19 f.

²⁷⁹ Vgl. Varian, Mikroökonomik, S. 723–725; Siemer, Das Coase-Theorem, 20 f.

²⁸⁰ Diese Aussage ist leicht zu begründen: In dieser Zwei-Personen-Welt findet noch keine produktive Aktivität statt, deshalb ist das gesamte Einkommen in dieser Welt konstant geblieben. Die Raucherlaubnis führt immer zur Begünstigung einer Partei und zur Belastung der anderen Partei. Erlangt die eine Partei wegen der Raucherlaubnis die bestimmte Einkommenssumme, verliert die andere Partei zugleich die gleiche Summe des Einkommens, d.h. die Einkommenserhöhung der einen Partei ist gleich dem Einkommensverlust der anderen Partei. Vor diesem Hintergrund ist die Raucherlaubnis durch vertragliche Vereinbarung erreicht, nur wenn der Einkommensverlust der einen Partei wegen des Verzichts auf die Raucherlaubnis von der anderen Partei völlig kompensiert wird. Dies hat zur Folge, dass das Einkommen der beiden Parteien vor und nach der Raucherlaubnis unverändert bleibt.

wird bei Null-Transaktionskosten immer erreicht.²⁸¹ In Bezug auf das oben genannte Beispiel wird die Raucherlaubnis für die letzten zusätzlichen Zigaretten (die elfte Zigarette) endgültig von diesem Akteur erlangt, der den höchsten Gebrauchswert dafür besitzt, unabhängig davon, ob dem A oder dem B anfänglich diese Raucherlaubnis zuordnet.²⁸² Die Invarianzthese ist ungültig, nur wenn gerade A oder B den höchsten Gebrauchswert für diese letzten Grenzzigaretten besitzt, dies ist aber eine sehr seltene Situation. Deshalb kann man daran festhalten, dass die Invarianzthese in der Gesellschaft bei Null-Transaktionskosten normalerweise gültig ist und der Einfluss des Einkommenseffekts auf die Invarianzthese so sehr selten und so sehr gering ist, dass man in der Regel diesen Einfluss außer Acht lassen kann.

bb) Der Besitzeffekt

Der Besitzeffekt ist von Verhaltensökonomen mithilfe der ökonomischen Experimente entdeckt und basiert auf der in Experimenten beobachteten der Präferenz des Akteurs die Diskrepanz zwischen der Zahlungsbereitschaft und der Bereitschaft zum Verkaufen eines Gutes.²⁸³ Die Zahlungsbereitschaft eines Gutes (WTP) stellt für den bestimmten Akteur den maximalen Preis dieses Gutes dar, und zu diesem Preis will er eine Einheit des Gutes kaufen, und die Bereitschaft zum Verkaufen eines Gutes (WTA) stellt für den bestimmten Akteur den minimalen Preis dieses Gutes dar, und für diesen Preis will er eine Einheit des Gutes verkaufen. In den ökonomischen Experimenten, die von Kahneman, Knetsch und Thaler an drei Hochschulen geleitet worden sind, ist die Bereitschaft zum Verkaufen von Kaffeetassen und Stift ca. doppelt wie ihre Zahlungsbereitschaft.²⁸⁴ Um diese Diskrepanz zwischen WTP und WTA zu erklären, ist von Verhaltensökonomen der psychologische Besitzeffekt erfunden, der auch die Manifestation der Verlustaversion des Akteurs ist.²⁸⁵

Es sei durch den Besitzeffekt bestätigt, dass die Anfangsausstattung des Akteurs einen Einfluss auf seine persönliche Präferenz habe; ändere sich die anfängliche Rechtszuordnung bzw. die Anfangsausstattung des Akteurs, ändere sich dann gem. dem Besitzeffekt die persönliche Präferenz des Akteurs, was weiter dazu führe, dass sich der optimale Ressourcenallokationszustand danach auch ändere.²⁸⁶ Beispielsweise gibt es ein vollständiger Markt über das Gut G, dessen Marktpreis 5 € pro

²⁸¹ Die Coases Analyse über den Einkommenseffekt basiert offensichtlich auf dieser Gesellschaft, wo die ökonomische Rente des Property-Rights bestimmt ist. Vgl. *Coase*, FML, S. 163–170.

²⁸² Nehmen wir an: es gibt in dieser Gesellschaft der Akteur C, für ihn beträgt der Gebrauchswert zum Rauchen der elften Zigarette 1,6 €, der den höchsten Grenzgebrauchswert in dieser Gesellschaft darstellt. In Situation I, wo dem B die Raucherlaubnis zukommt, wird C vom B die Erlaubnis des Rauchens der elften Zigarette kaufen; in Situation II, wo dem A die Raucherlaubnis zukommt, wird C vom A die Erlaubnis des Rauchens der elften Zigarette kaufen. In beiden Situationen bleibt das endgültige Ergebnis gleich: die ersten 10 Zigaretten werden vom A geraucht, die elfte Zigarette wird vom C geraucht.

²⁸³ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, J. Pol. Econ. 98 (1990), 1325 ff.

²⁸⁴ Vgl. *dies.*, J. Pol. Econ. 98 (1990), 1325, 1329–1338.

²⁸⁵ *Dies.*, J. Pol. Econ. 98 (1990), 1325, 1326.

²⁸⁶ *Sunstein*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 106, 109 f.

Einheit beträgt. Daraus ergibt sich, dass die WTP entweder des Akteurs A oder des Akteurs B für eine Einheit G immer 5 € beträgt. Nehmen wir hier also zwei Situation I und II an. In Situation I wird dem B, nicht dem A das Eigentumsrecht am Gut G zugeordnet, und wegen des Besitzeffekts beträgt die WTA des B für eine Einheit G 11 €, deshalb wird B dem A diese Einheit G nicht verkaufen; in Situation II wird dem Akteur A, nicht dem Akteur B das Eigentumsrecht am G zugeordnet, und wegen des Besitzeffekts beträgt die WTA des A 10 €, und A wird dem B diese Einheit G auch nicht verkaufen. In diesem Beispiel ist der Ressourcenallokationszustand in Situation I ganz unterschiedlich von dem in Situation II, was deutlich die Widerlegung der Invarianzthese darstellt. Daraus ist es erkennbar, dass die anfängliche Rechtszuordnung wegen der Existenz des Besitzeffekts den Einfluss auf die endgültige Ressourcenallokation bei Null-Transaktionskosten ausübt, und der Besitzeffekt beschränkt in der Regel den Umfang der Markttransaktion.

Gegen den Besitzeffekt ist eingewendet, dass die Diskrepanz zwischen WTP und WTA durch strengere, besser kontrollierte Experimente entweder erlischt oder vereinbar mit der klassischen Präferenztheorie ist,²⁸⁷ oder dass der Besitzeffekt selbst nicht als die theoretische Erklärung dieser Diskrepanz gelten kann.²⁸⁸ Hier wird nur nach dem Nachfragegesetz die Diskrepanz zwischen WTP und WTA erklärt, um es zu zeigen, dass die Berufung auf den psychologischen Besitzeffekt überflüssig sein kann.

Nehmen wir an, dass es ein entsprechender vollständiger Markt für das Gut gibt und das Marktangebot dieses Gutes völlig die Marktnachfrage erfüllen kann, sodass jeder Akteur gegen den Marktpreis eine Einheit des Gutes sicherlich erlangen kann, was auch im Einklang mit Null-Transaktionskosten steht. Wenn die vollständigen Kosten zum Erlangen einer Einheit dieses Gutes gleich dem Marktpreis sind, will der Akteur, der vorher eine Einheit des Gutes zum Marktpreis kaufte, diese Einheit des Gutes auch zum Marktpreis verkaufen, solange dieser Markt ständig existiert, weil er danach mit gleichen Kosten diese Einheit des Gutes wiedererlangen kann. Deshalb wird hier für jeden rationalen Akteur die WTA gleich der WTP sein, solange der Marktpreis des Gutes die vollständigen Kosten zum Erlangen des Gutes abdeckt. Aber in der realen Welt ist der Marktpreis nur Bestandteil der vollständigen Kosten des Akteurs zur Erlangung des Gutes,²⁸⁹ in der Regel trägt er noch die Transportkosten zum Markt, die Kosten der Auswahl der Güter, etc. Hat der Akteur einmal einige Güter erhalten, wird er sie verkaufen, nur wenn ihm neben dem Marktpreis die ihm angelasteten anderen Kosten vergütet werden.²⁹⁰ Dies führt dazu, dass eben am ständigen vollständigen Markt die WTA höher als die WTP ist. Das Gleiche gilt, wenn

²⁸⁷ Zeiler, *Am. Econ. Rev.* 97 (2007), 1449, 1462 f.

²⁸⁸ Vgl. *Klass/Zeiler*, *UCLA L. Rev.* 61 (2013), 2, 26–29.

²⁸⁹ Vgl. *Alchian/Allen*, *E&P* 1992, 88 f.

²⁹⁰ Anhand dieser Analyse kann die Diskrepanz zwischen WTP und WTA, die in den von Kahneman, Knetsch und Thaler geleiteten Experimenten vorliegt, erklärt werden: Obwohl die

zwar dieser Markt nicht ständig existiert, aber der Markt des guten entsprechenden komplementärgutes existiert.

Etwas ändert sich, wenn dieser Markt nicht ständig ist und es auch keinen Markt des guten Komplementärgutes gibt.²⁹¹ In diesem Fall will der Akteur deshalb mit Marktpreis eine zusätzliche Einheit des Gutes zum Marktpreis kaufen, weil der Grenzgebrauchswert des Akteurs bei dieser Grenzmenge in der Regel höher als der Marktpreis ist, sodass er bei dieser Grenzmenge noch die Konsumentenrente erhält, die die Differenz zwischen dem Grenzgebrauchswert und dem Marktpreis darstellt. Die Grenzgebrauchswerte des Akteurs bei jedem Grenzmengen bilden eigentlich die individuelle Nachfragekurve dieses Akteurs. Wenn er diese Grenzmenge des Gutes zum Marktpreis erworben hat und der entsprechende Markt danach nicht mehr existiert, will der Akteur als rationaler Handelnde diese Grenzmenge des Gutes verkaufen, nur wenn ihm neben dem Marktpreis diese Konsumentenrente vergütet wird. Da in diesem Fall die WTP den Marktpreis des Gutes darstellt und die WTA den Grenzgebrauchswert des Akteurs darstellt, der aus dem Marktpreis und der Konsumentenrente besteht, ist es ganz normal, dass die WTA höher als die WTP ist.

Es liegt auf der Hand, dass die Diskrepanz zwischen WTP und WTA durch die klassische Nachfrageanalyse völlig erklärt werden kann, dann sind die Erfindung des sog. psychologischen Besitzeffekts und die Berufung auf ihn überflüssig. Wenn der Besitzeffekt nicht angewendet werden muss, kann die Annahme der Präferenzstabilität des Akteurs noch vorbehalten; wenn die Präferenz des Akteurs unabhängig von der anfänglichen Rechtszuordnung stabil bleibt, ist die Invarianzthese sicherlich gültig.

III. Das vertiefende Verstehen des Coase-Theorems

Wie erwähnt, die populäre Version des Coase-Theorems besagt, dass bei Null-Transaktionskosten das optimale Ergebnis der Ressourcenallokation unabhängig von den Rechtszuordnungen verwirklicht wird. Allerdings hat Coase kein Interesse an der auf die Null-Transaktionskosten abgestellten Ökonomik,²⁹² die von Coase als Blackboard-Ökonomik genannt ist. Stattdessen ist von ihm hervorgerufen, die Ökonomik der mit positiven Transaktionskosten verbundenen realen Welt zu entwickeln. Der wissenschaftliche Sinn des Coase-Theorems besteht darin, dass es die Standpunkte

Kaffeetaschen und Stifte am Markt ständig angeboten sind, müssen die Studierenden zur Erlangung solcher Güter neben dem Marktpreis andere Kosten hinnehmen, z.B. die Transportkosten zum Buchladen oder zum Supermarkt. Die ähnlichen Phänomene geschehen in der realen Welt alltäglich, z.B. ich habe in einem Asiamarkt in Berlin 4 Packungen Instantnudeln von Marke Nong Shim gekauft, der Preis der Instantnudeln beträgt 0,78 € pro Packung, die Fahrt von meiner Wohnung zum Asiamarkt dauert ca. eine Stunde, und es gibt im Asiamarkt viele Marke Instantnudeln. Als ich zu Hause angekommen bin, treffe ich mit einem Freund, er möchte aber diese 4 Packungen Instantnudeln kaufen, dann frage ich die Leser dieser Arbeit, ob Sie an meiner Stelle jede Packung dieser Instantnudeln gegen 0,78 € verkaufen wollen.

²⁹¹ Zu solchen Märkten gehören typischerweise der Konzert- und Kunstwerkmarkt, wo das Gut mit den Persönlichkeiten verbunden ist.

²⁹² Coase, Economics and Economists 1994, 1994, S. 3, 11.

zur Betrachtung des Phänomens in der realen Welt bietet, zu diesen Standpunkten gehören nach dem Coase-Theorem die Rechtszuordnung und die Transaktionskosten, die beiden spielen die entscheidende Rolle zur ökonomischen Erklärung des menschlichen Verhaltens unter dem Umstand der aktuellen Rechtsordnung. Deshalb handelt es sich beim vertiefenden Verständnis des Coase-Theorems nicht um die Erklärung des menschlichen Verhaltens bei Null-Transaktionskosten, sondern um die Erklärung des menschlichen Verhaltens in der realen Welt aus den durch das Coase-Theorem aufgewiesenen Standpunkten, bzw. aus Sicht der Rechtszuordnung und der Transaktionskosten, wodurch der Einfluss der Rechtsordnung auf das menschliche Verhalten in der realen Welt deutlich erklärt werden kann. Diese Art der Erklärung ist gerade die Aufgabe der positiven Rechtsökonomik.

1. Die Rechtszuordnung

Unter der Rechtszuordnung versteht man, dass das bestimmte Recht den bestimmten Personen auf bestimmte Weisen zugebilligt wird. Nach dem Coase-Theorem spielt die konkrete Rechtszuordnung in der realen Welt die erhebliche Rolle für das menschliche Verhalten. Fraglich ist jedoch, was das zuzuordnende Recht ist, wie die Rechtszuordnung vorzunehmen ist, und warum die Rechtszuordnung relevant für das menschliche Verhalten ist, bzw. worin der ökonomische Sinn der Rechtszuordnung besteht. Diese Fragen sind im Folgenden zu bearbeiten.

a) Der Begriff des zuzuordnenden Rechts

In der englischen Literatur ist das zuzuordnende Recht in der Regel als das „Property Right“ genannt. Es zeigt sich im Fallrechtssystem, dass das Property-Right herkömmlich das absolute Recht (*actio in rem*) bzw. das Recht gegen jede Personen umfasst, und angesichts des Rechtsrealismus auch das relative Recht (*actio in personam*) bzw. das Recht gegen bestimmte Personen umfasst.²⁹³ Der Rechtsökonom hat diese rechtsrealistische Ansicht übernommen und sieht das Property-Right als ein Bündel des exklusiven Nutzungsrechts an.²⁹⁴ Danach ist das Property-Right von Alchian so formuliert: „the exclusive authority to determine how a resource is used, whether that resource is owned by government or by individuals“.²⁹⁵ Es ist allerdings noch nicht klar, was zu den hier genannten Ressourcen gehören kann. Wenn die Ressourcen nur reale Dinge umfassen, ist deren Umfang zu eng, weil die Leistungen, die als das vom Rechtsträger gegenüber dem Verpflichteten geforderte bestimmte Verhalten bezeichnet werden, nicht mehr zu Ressourcen gehören. Hier bedeutet also das Property-Right „one’s ability, without penalty, to exercise a choice over a good, service, or person“.²⁹⁶ Aus der Definition des Property-Rights ergibt sich, dass der exklusive Charakter dem Property-Right innewohnt; hätte das Property-Right keinen exklusiven Charakter, dann würden mehrere Akteure miteinander um das Recht

²⁹³ Vgl. *Merrill/Smith*, Yale L. J. 111 (2001), 357, 360–366.

²⁹⁴ *Merrill/Smith*, Yale L. J. 111 (2001), 357, 366; *Allen*, Medema 1998, 1998, S. 105, 107.

²⁹⁵ *Alchian*, Henderson 1993, 1993, 69.

²⁹⁶ *Allen*, Medema 1998, 1998, S. 105, 106.

streiten, folglich wäre seine Zuordnung notwendig und das sog. Recht gar nicht als Property-Right genannt.

Offensichtlich darf das „Property-Right“ auf Deutsch nicht als das Eigentumsrecht übersetzt werden, und ist hier vom Autor – mit einigen Risiken – entsprechend der deutschen Rechtswissenschaft als das subjektive Recht aufzufassen, das sich als „eine Rechtsmacht“ bezeichnet, „die dem einzelnen von der Rechtsordnung (,objektives Recht‘) als ein Mittel zur Wahrung seiner Interessen verliehen ist“.²⁹⁷ Zu dessen notwendigen Elementen gehören zwei Personen, nämlich der Träger und der Verpflichtete dieses Rechts,²⁹⁸ die durch die Rechtszuordnung zu bestimmen sind. Das subjektive Recht ist weiter in das absolute und relative Recht einzuteilen; dies entspricht dem von modernen Ökonomen erfassten Begriff des „Property-Right“, zu dem das „personam right“ und „rem right“ gehören.²⁹⁹ Es ist aber beachtlich, dass das subjektive Recht aus Sicht der mit dem Rechtsrealismus verbundenen Rechtsökonomik nicht als das abstrakte, kollektive Recht zu verstehen ist, sondern bei der Rechtspraxis auf ein Bündel der einzelnen Verhaltensbefugnisse hinweist, z.B. zu Befugnissen des dem absoluten Recht angehörenden Eigentumsrechts an der Sache zählt sicherlich der Rückgabeanspruch des Eigentümers; derjenige, der keinen solchen Anspruch hat, ist auch kein Eigentümer. Zu dem als das relative Recht aufgefassten Forderungsrecht des Gläubigers aus dem Kaufschuldverhältnis gehört natürlich die Befugnis zur Inanspruchnahme der Leistung bei Fälligkeit; und das Rücktrittrecht des Gläubigers weist direkt die Befugnis auf, durch seine einseitige Willenserklärung gegenüber dem Schuldner das Schuldverhältnis zu beenden. Es handelt sich beim Lösen des Rechtsstreits stets um die Zuordnung einzelner Verhaltensbefugnisse, dabei sind diese Fragen zu beantworten, ob der einen Person die Verhaltensbefugnis zukommt oder nicht, ob die Verhaltensbefugnis der einen Person oder der anderen Person zukommt.³⁰⁰

b) Die Formen der Rechtszuordnungen

Die Rechtszuordnungen haben grundsätzlich drei Formen, die legislative, justizielle und vertragliche Rechtszuordnung. Die legislative und justizielle Rechtszuordnung zielt auf die klare Zuordnung des zu handelnden einzelnen subjektiven Rechts ab, und die vertragliche Rechtszuordnung zielt auf die tatsächliche Durchsetzung oder Transaktion dieses Rechts ab. Die Rechtszuordnungen stellen sich gem. dem Coase-Theorem als der Hintergrund des menschlichen Verhaltens dar, deshalb lohnt sich, die Bedingungen und Eigenschaften solcher Rechtszuordnungsformen zu erklären.

²⁹⁷ Rüthers/Fischer/Birk, RT 2015, Rn. 63.

²⁹⁸ Dies., RT 2015, Rn. 63.

²⁹⁹ Vgl. Merrill/Smith, Yale L. J. 111 (2001), 357, 373 f. Obwohl von vielen modernen Ökonomen das „Property Right“ im Sinne vom „personam right“ verwendet wird, hat das „rem right“ immer den realistischen ökonomischen Sinn. vgl. dies., Yale L. J. 111 (2001), 357, 385–388.

³⁰⁰ Aus diesen Gründen ist von Schäfer und Ott das Property-Right als Handlungsrecht übersetzt. Vgl. Schäfer/Ott, LöAZ 2012, S. 69–71.

aa) Die legislative Rechtszuordnung

Wie das einzelne subjektive Recht zugeordnet ist, ist im kodifizierten Rechtssystem zuerst durch die durch das Gesetzgebungsverfahren erlassenen Rechtsvorschriften zu bestimmen. Das ist die legislative Rechtszuordnung. Wegen der Anforderung an die Allgemeinheit weisen die Rechtsvorschriften nicht unmittelbar darauf hin, welchem konkreten Akteur das einzelne subjektive Recht zukommt, dazu ist das sog. Subsumtionsverfahren erforderlich. In diesem Zusammenhang ist die legislative Rechtszuordnung in dem Sinne klar, dass bei Zuordnung des einzelnen subjektiven Rechts die betroffenen Akteure (stillschweigend) damit übereinstimmen, dem konkreten Akteur komme dieses Recht zu.

Wegen der hohen Abstraktheit der Rechtsnormen ist sich die normale Person nicht immer im Klaren, wie das einzelne subjektive Recht anhand der aktuellen Rechtsordnung zugeordnet ist, deshalb wendet sie sich beim Rechtsstreit in der Regel an die Juristen. Allerdings sind die Juristen auch nicht immer im Klaren, wem die in Betracht gezogene Verhaltensbefugnis zukommen soll, wegen der Vagheit der Rechtsnormen und der potentiellen ungeschlossenen Lücken in der Rechtsordnung. Diese Rechtsunklarheit kann zum Rechtsstreit führen, wenn die betreffenden Akteure jeweils gleichzeitig daran glauben, mir solle das subjektive Recht zustehen. Dieser Rechtsstreit kann durch den Erlass der detaillierten Rechtsvorschriften gelöst werden, durch die alle betroffenen Akteure klar geworden sind, wem diese Verhaltensbefugnis zukommt. Dies gehört ebenfalls zur legislativen Rechtszuordnung.

bb) Die justizielle Rechtszuordnung

Daneben kann der wegen der Rechtsunklarheit entstandene Rechtsstreit durch die Rechtsklage gelöst werden, indem die Rechtsunklarheit durch die Zubilligung der konkreten Verhaltensbefugnisse an einem bestimmten Akteur erlischt. Selbst wenn die legislative Rechtszuordnung genug klar ist, streitet der bestimmte Akteur zugunsten seines eigenen Interesses um die Zuordnung des konkreten subjektiven Rechts, weil die Rechtsordnung als objektives Recht nicht direkt regelt, wem in dem konkreten Fall dieses subjektive Recht zukommt; der Akteur kann ggf. die Allgemeinheit der Rechtsnormen ausnutzen und die legislative Rechtszuordnung nicht in Kauf nehmen. Aber durch die Rechtsprechung ist die Zuordnung des konkreten subjektiven Rechts im konkreten Fall endgültig klar bestimmt. Das ist die justizielle Rechtszuordnung.

Dabei spielt die Rechtsordnung auch die erhebliche Rolle, denn jeder an der Rechtsklage Teilnehmer soll die prozessuale Rechtsordnung einhalten. Merkwürdig ist es, dass die prozessuale Rechtsordnung selbst die legislative Zuordnung bestimmter Verhaltensbefugnisse aufweist und in manchen Fällen auch unklar ist, was zum Rechtsstreit um weitere Verhaltensbefugnisse führen kann, für die die weitere legislative oder justizielle Rechtszuordnung erforderlich ist. Der Unterschied zwischen der legislativen und justiziellen Rechtszuordnung besteht darin, dass die legislative

Rechtszuordnung die Allgemeinheit der Zuordnung des einzelnen subjektiven Rechts für zukünftige vergleichbare Fälle verdient, während die justizielle Rechtszuordnung nur für den bestrittenen konkreten Fall gilt.

cc) Die vertragliche Rechtszuordnung

Nach der legislativen oder justiziellen Rechtszuordnung können die relevanten Personen möglicherweise weiter verhandeln, ob das zugeordnete Recht von seinem Träger durchsetzt, aufgegeben oder durch irgendwelche Weise gehandelt wird. Diese Art der Rechtszuordnung ist aus ökonomischer Sicht als die herkömmliche Transaktion bezeichnet.³⁰¹ Beispielsweise ist zwar durch die Rechtsordnung oder durch die Rechtsprechung der Person A, nicht der Person B das Eigentumsrecht an der betroffenen Sache zugebilligt, aber A kann weiter durch vertragliche Absprache die Sache der B oder der anderen Person veräußern oder vermieten; falls sich die Willenserklärung im Irrtum iSd. § 119 BGB befindet, kann der Erklärende seine abgegebene irrtümliche Willenserklärung anfechten, sodass das anfechtbare Rechtsgeschäft gem. § 142 BGB von Anfang an nichtig anzusehen ist, d.h. in diesem Fall steht ihm nach dem BGB das Anfechtungsrecht zu, aber er kann mit dem Anfechtungsgegner weiter verhandeln, dass er die Anfechtungserklärung innerhalb der Anfechtungsfrist nicht äußert, sodass der Vertrag als wirksam betrachtet wird. Diese Art der vertraglichen Vereinbarung bezeichnet sich also als die vertragliche Rechtszuordnung.³⁰² Das Verfahren der vertraglichen Rechtszuordnung ist zunächst durch die Rechtsordnung geregelt, beispielsweise dürfen die Parteien bei vertraglicher Rechtszuordnung nicht die Gewalt ausübt, dem Grundsatz nach Treu und Glauben und den guten Verkehrssitten nicht zuwiderhandeln, der Anfechtungsberechtigte darf sein Anfechtungsrecht gem. § 242 BGB nicht missbräuchlich ausnutzen. Aber es ist nicht immer klar, ob die bestimmte Rechtsausnutzung im konkreten Fall als missbräuchlich betrachtet wird, es bedarf daher die weitere legislative oder justizielle Rechtszuordnung.

Aus der ökonomischen Sicht hängt die vertragliche Zuordnung des bestimmten subjektiven Rechts von der klaren legislativen oder justiziellen Zuordnung dieses Rechts ab. Wenn der Dritte vorher in Kenntnis nimmt, dass es zurzeit unsicher ist, ob A oder B das Eigentumsrecht an der Sache zukommt, wird er keine Transaktion über diese Sache machen. Diese Transaktion ist erst möglich, nachdem es ihm nach der Rechtsordnung oder nach der Rechtsprechung sicherlich ist, dass A oder B das Eigentumsrecht an dieser Sache zusteht. Der Gegenstand dieser Transaktion ist nicht die Sache selbst, sondern die durch diese Sache vertretenen Rechte. Dies zeigt sich insbesondere in Deutschland, wo im Zivilrechtsbereich das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gilt, nach dem die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses unabhängig von der

³⁰¹ Die Durchsetzung und das Aufgeben des subjektiven Rechts hängen davon ab, dass das subjektive Recht (stillschweigend) vom Gegner anerkannt ist, was eine stillschweigende vertragliche Absprache darstellt.

³⁰² Vgl. *Schäfer/Ott*, LÖAZ 2012, 72 f.

Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts ist. Danach ist der Kaufvertrag über diese Sache zwischen dem Dritten und der A noch wirksam, wenn nach der Rechtsordnung nicht A, sondern B das Eigentumsrecht an dieser Sache zusteht. Aber ohne die durch das BGB klar geregelten primären und sekundären Leistungsansprüche des Gläubigers wird der Dritte gar nicht mit A diesen Kaufvertrag schließen. Als ein anderes Beispiel gelten die zivilrechtlichen Vorschriften über die Forderungsabtretung (§§ 398 ff. BGB), durch die dem Dritten die Erlangung des Forderungsrecht garantiert wird; ohne diese Garantie wird er gar nicht den die Verpflichtung zur Forderungsabtretung begründeten Vertrag schließen. Aus diesem Grund ist von Coase zu behaupten: „the delineation of right is an essential prelude to market transactions“,³⁰³ m.a.W. die klare legislative oder justizielle Zuordnung der subjektiven Rechte ist die Voraussetzung der vertraglichen Zuordnung dieser Rechte, was von Cheung als der eigentliche Inhalt des Coase-Theorems angesehen ist.³⁰⁴ In diesem Sinne kann man die legislative oder justizielle Rechtszuordnung als die anfängliche Rechtszuordnung bezeichnen, und die vertragliche Rechtszuordnung als die nachträgliche Rechtszuordnung.

c) Die Abwägung zwischen klarer und effizienter anfänglicher Rechtszuordnung

Von effizienter anfänglicher Rechtszuordnung spricht man, wenn das zu handelnde subjektive Recht immer diesem Akteur zugeordnet wird, der im Vergleich mit dem konkurrierenden Akteur den höheren Gebrauchswert für dieses Recht hat. Es ist ideal, dass die anfängliche Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts nicht nur klar ist, sodass der Rechtsstreit vermieden werden kann, sondern auch optimal ist, sodass knappe Ressourcen nicht verschwendet sind. Aber in der realen Welt ist es nicht selten, dass man nicht gleichzeitig diese zwei Ziele erreichen kann, weil die klare Regelung im Widerspruch mit der effizienten Regelung stehen kann, dann muss man zwischen klarer und effizienter anfänglicher Rechtszuordnung abwägen.

aa) Kein Vorzug der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung gegenüber der klaren anfänglichen Rechtszuordnung

Es scheint also, dass die effiziente anfängliche Rechtszuordnung gegenüber der klaren anfänglichen Rechtszuordnung bevorzugt wäre. Denn bei der ineffizienten, aber klaren anfänglichen Rechtszuordnung kann die effiziente Ressourcenallokation nur durch die vertragliche Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts erreicht werden, die in der realen Welt unvermeidlich die Transaktionskosten zwischen den betroffenen Parteien herbeiführt. Wenn diese Transaktionskosten zu hoch sind, werden diese Parteien nicht diese vertragliche Rechtszuordnung machen. Im Gegensatz dazu sind bei der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung diese Transaktionskosten vermieden. Selbst wenn die anfängliche Rechtszuordnung unklar ist, kann diese

³⁰³ Coase, J. Law Econ. 2 (1959), 1, 27.

³⁰⁴ Cheung, Econ. Inq. 36 (1998), 514, 519.

unklare Regelung dem Rechtsanwender den Spielraum zur Auslegung hinterlässt, dann kann der Rechtsanwender die unklare Regelung dahin auslegen, dass die effiziente anfängliche Rechtszuordnung aus der Rechtsordnung zu entnehmen ist. Die klare, aber ineffiziente anfängliche Rechtszuordnung schließt also die Geltendmachung der effizienten Regelung aus, aber bei der unklaren rechtlichen Regelung kann man durch die Gesetzesauslegung und die Rechtsanwendung möglicherweise die effiziente anfängliche Rechtszuordnung erreichen, sodass die Transaktionskosten der nachträglichen Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts erspart werden.

Dies zeigt sich durch ein einfaches Beispiel: Nehmen wir an, dass das subjektive Recht R für die Person A 30 € und für die Person B 40 € Austauschnettogewinn ausmacht und nach der Rechtsordnung der A zukommt, und dass die Transaktionskosten zwischen A und B für den Austausch des R 15 € betragen. Nach der Wohlfahrtsökonomik ist diese legislative Zuordnung des R ineffizient, weil wegen der Transaktionskosten das Austauschgeschäft zwischen A und B über das R nicht stattfindet. Selbst wenn die Transaktionskosten des Austauschgeschäfts zwischen A und B auf 5 € sinken, sodass dieses Austauschgeschäft trotz der Transaktionskosten noch geschieht, ist diese legislative Rechtszuordnung angesichts der Wohlfahrtsökonomik ebenfalls ineffizient, weil im Vergleich mit der effizienten legislativen Rechtszuordnung bzw. mit der legislativen Zuordnung des R an B das Austauschgeschäft zwischen A und B weiter noch 5 € Wohlfahrtsverlust erbringt. Wenn diese ineffiziente legislative Zuordnung des R nicht in der Rechtsordnung existiert, kann man dann direkt die effiziente justizielle Zuordnung des R machen, damit der 5 € Wohlfahrtsverlust völlig vermieden wird.

Die oben ausgeführte Begründung ist allerdings nicht überzeugend. Denn die klare, aber ineffiziente anfängliche Rechtszuordnung herbeiführt zwar die Transaktionskosten der nachträglichen Transaktion über das betroffene subjektive Recht, aber erspart andere Arten der Transaktionskosten, insbesondere die Kosten der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung, die bei der oben ausgeführten Begründung unberücksichtigt sind. Um die effiziente anfängliche Rechtszuordnung zu schaffen, sind die Informationen darüber erforderlich, welche Person in konkreten Fällen im Vergleich mit anderen konkurrierenden Personen den Wert des subjektiven Rechts am höchsten schätzt. Die Erlangung solcher Informationen ist nicht kostenlos und führt in der realen Welt zu sehr hohen Transaktionskosten. Diese Informationskosten können aber bei bereits klarer anfänglicher Rechtszuordnung völlig vermieden werden. Dies kann auch mit einem einfachen Beispiel gezeigt werden. Nehmen wir eine andere Situation an, in der es keine legislative Zuordnung des R in der Rechtsordnung gibt und A und B miteinander um R streiten. Dies geschieht in Deutschland nicht sehr selten, insbesondere im Falle der Rechtslücke, die entweder durch detaillierte Gesetzgebung oder im Wege der rechtlichen Fortbildung geschlossen wird. Nehmen wir hier weiter an, dass zur Ausfüllung dieser Gesetzeslücke zwei konkurrierende Lehren dienen können; nach der einen Lehre wird der A das R zukommen und nach

der anderen Lehre wird der B das R zukommen.³⁰⁵ Wenn der Richter oder der Gesetzgeber nur auf die Klarheit der Rechtszuordnung abstellt, muss er sich nicht damit beschäftigen, ob A oder B den Wert des R höher schätzt, er braucht nur die Entscheidung zwischen den zwei konkurrierenden Lehren zu treffen. Wenn der Richter oder der Gesetzgeber auf die Effizienz der Rechtszuordnung abstellt, muss er zuvor die Information darüber, ob A oder B den Wert des R höher schätzt, erlangen. Die Kosten dieser Information betragen in diesem Fall 20 €, die dann höher als die Transaktionskosten bei klarer, aber ineffizienter anfänglicher Rechtszuordnung (15 € oder 5 €) sind.³⁰⁶

Es kommt dann bei der Abwägung zwischen klarer und effizienter anfänglicher Rechtszuordnung überhaupt darauf an, auf welche Weise die kleineren Transaktionskosten von den betroffenen Akteuren hingenommen werden. Auf diese Frage gibt es allerdings keine sichere Antwort, deshalb besteht kein Vorzug der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung gegenüber der klaren, aber ineffizienten anfänglichen Rechtszuordnung.³⁰⁷

bb) Die Deliktsrechtpraxis als ein typisches Beispiel

³⁰⁵ Ein Beispiel ist die Frage danach, ob die Übereignung des Grundstücks an Minderjährigen den rechtlichen Vorteil i.S.d. § 107 BGB darstellt und damit zustimmungsfrei ist. Nach der h.L. bringt sie dem Minderjährigen den rein rechtlichen Vorteil und ihm kann unmittelbar das Eigentumsrecht am Grundstück zukommen, soweit das Grundstück nur mit der Pflicht zur Tragung öffentlicher Lasten verbunden ist. Vgl. BGH NJW 2005, 415. Hingegen bedarf ein Grundstückserwerb durch Minderjährige nach der a.L. stets der Einwilligung. Vgl. Köhler, JZ 38 (1983), 225 ff.

³⁰⁶ Diese Informationskosten in dem einen Fall, wo bei Rechtsunklarheit die effiziente anfängliche Rechtszuordnung zu erreichen ist, können sehr wahrscheinlich höher als die Transaktionskosten in dem anderen Fall sein, wo das R klar, aber ineffizient zugeordnet wird. Denn in dem anderen Fall müssen A und B nur durch vertragliche Verhandlungen den Austauschwert des R bestimmen, diese Verhandlung geschieht also im Rahmen der kooperativen Aktivität, durch die A und B beide besser gestellt werden. Im Gegensatz dazu befinden sich A und B in dem einen Fall im Rahmen des Null-Spiels, wo der Erlös einer Person den Verlust der anderen Person darstellt. In dem einen Fall wollte daher entweder A oder B als rationale Handelnde nicht den Wert des R aufgeben, und A, die den Wert des R kleiner als B schätzt, hat dann den ökonomischen Anreiz, dem Gesetzgeber oder dem Richter fehlende Informationen anzubieten. Dies erhöht weiter die Informationskosten der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung.

³⁰⁷ Durch diese Schlussfolgerung kann man auch die Gesetzgebung über die Verbandsstrafe begründen. Da es in Verbänden, insbesondere in Publikums-Aktiengesellschaften, das Prinzipal-Agenten-Problem gibt, führt die Verbandsstrafe zur nicht hinreichenden Sanktionsanreizen für den Täter des strafbaren Verhaltens, das aber durch die Individualstrafe effizient präverhütet werden kann. Allerdings ist die Identifizierung derjenigen Person, die das strafbare Verhalten unternimmt, in einem Unternehmen in vielen Fällen „notorisch schwierig oder sogar unmöglich“. Vgl. Wagner, ZGR 45 (2016), 132–140. Meiner Meinung nach ist diese Identifizierung nur durch individuelle Rechtsklage zu bestimmen, die als justizielle Rechtszuordnung zu hohen Transaktionskosten führt. Aus diesen Gründen ist von Wagner vorzuschlagen: „Eine gegenüber der Individualstrafe subsidiäre Verbandsstrafbarkeit lässt sich unter dem Präventionsgesichtspunkt legitimieren, soweit sie Fälle diffuser Verantwortungsteilung innerhalb des Verbandes erfasst, die keiner Einzelperson zugerechnet werden können“. *ders.*, ZGR 45 (2016), 152.

Dementsprechend ist im Folgenden auseinanderzusetzen, dass im Bereich des Deliktsverhaltens die klare anfängliche Rechtszuordnung sowohl angesichts der Transaktionskosteneliminierung als auch angesichts der Wohlfahrtsökonomik nicht nachrangiger als die effiziente anfängliche Rechtszuordnung ist. Der normativen ökonomischen Analyse des Deliktsrechts zufolge ist die effiziente Haftungsregelung in Bezug auf die Wohlfahrtsmaximierung zwei Auswirkungen vollzuziehen, also die ex-ante und die ex-post Auswirkung.³⁰⁸ Bei der ex-ante Auswirkung handelt es sich um die Verhaltenssteuerung sowohl des Schädigers als auch des Geschädigten angesichts der Sozialwohlfahrtsmaximierung. Bei der ex-post Auswirkung geht es um nachträgliche Rechtssanktionen durch die Entscheidungen der Gerichte, die dem Adressaten klare Informationen über die Arten und Umfänge des zum Wohlfahrtsverlust geführten Deliktsverhaltens liefern, das durch die effiziente Haftungsregelung gehindert werden soll.³⁰⁹

(1) Die effizienten Deliktsrechtregelungen nach Shavell

Es stellt sich dann die Frage, wie das Deliktsrecht nach dem Effizienzprinzip gestaltet ist. In der Literatur ist zunächst von Calabresi diese Meinung zu vertreten, dass das Ziel des Haftungsrechts in der Reduzierung der wegen des Deliktsverhaltens entstandenen gesamten Kosten besteht, die sowohl die Sorgfaltskosten zur Vermeidung des Deliktsverhaltens als auch den durch das Deliktsverhalten erbrachten Erwartungsschaden enthalten,³¹⁰ deshalb ist derjenige, der die solchen Kosten am kostengünstigsten vermeiden kann, haftungspflichtig (the cheapest cost avoider).³¹¹

Darüber hinaus ist von Shavell zu behaupten, dass zum Optimum der Sozialwohlfahrt nicht nur die gesamten Kosten bei optimalen Sorgfaltanstrengungen bei einzelner Aktivität, sondern auch das optimale Aktivitätsniveau in der bestimmten Zeitperiode berücksichtigt werden sollten.³¹² Auf dieser Grundlage ist weiter von ihm zu begründen, im unilateralen Unfall sei die Regelung der Verschuldenshaftung ineffizient, nach der der Schädiger mit dem Aufwand der optimalen Sorgfaltanstrengungen nicht mehr den Unfallschaden aufzunehmen brauche. Denn er lege dann zum Maximum seiner persönlichen Wohlfahrt das optimale Aktivitätsniveau daraufhin fest, dass sein Grenzgewinn nur gleich seinem persönlichen optimalen Sorgfaltskosten sei, d.h. bei der Verschuldenshaftung überschreite der Schädiger das optimale Aktivitätsniveau, weil der Erwartungsunfallschaden als die sozialen Kosten nicht in seinen privaten Kosten internalisiert sei. Dieser Divergenz zwischen den sozialen

³⁰⁸ Vgl. *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 75 ff. Die Analyse von Kötz und Wagner beruht überwiegend allerdings auf der Verhaltensökonomik, die von mir im zweiten Kapitel kritisiert ist.

³⁰⁹ Vgl. *dies.*, Deliktsrecht, Rn. 60 f.

³¹⁰ *Calabresi*, Calabresi 1970, S. 24. Der Erwartungsschaden ist der Unfallschaden multipliziert mit seiner Eintrittswahrscheinlichkeit, die abhängig von Sorgfaltanstrengungen ist.

³¹¹ *Schäfer/Ott*, LöAZ 2012, 252 f.

³¹² Vgl. *Shavell*, FeaL 2004, 177 ff. Diese Auffassung ist in Deutschland zumindest von Wagner, Schäfer und Ott zu befürworten. Vgl. *Schäfer/Ott*, LöAZ 2012, S. 153–159; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 65–74.

und privaten Kosten geschehe aber nicht bei der Regelung der verschuldensunabhängigen Haftung, weil der Schädiger dabei immer den Erwartungsunfallschaden aufnehme.³¹³ Beispielsweise beträgt die Rente der vierten Aktivität des Schädigers 12 € und die der fünften Aktivität des Schädigers 8 €, und bei optimalen Anstrengungen betragen die Sorgfaltskosten 6 € und der Erwartungsunfallschaden 4 €. Wenn die verschuldensunabhängige Haftung eingeführt wird und damit der Schädiger bei den optimalen Sorgfaltanstrengungen sowohl die Sorgfaltskosten als auch den Erwartungsunfallschaden aufnehmen muss, beträgt das optimale Aktivitätsniveau des Schädigers 4, weil dabei die Rente beim Aktivitätsniveau 4 (12 €) höher als die gesamten Kosten ((6+4) €) ist. Wenn die Verschuldenshaftung eingeführt wird und damit der Schädiger bei den optimalen Sorgfaltanstrengungen nur die Sorgfaltskosten aufnehmen muss, beträgt sein persönliches optimales Aktivitätsniveau 5, weil die Rente beim Aktivitätsniveau 5 (8 €) höher als die Sorgfaltskosten (6 €) ist, das Aktivitätsniveau 5 ist nach der Meinung von Shavell ineffizient, weil dabei die Rente als der soziale Nettogewinn (8 €) kleiner als die gesamten sozialen Kosten ((6+4) €) ist. Im bilateralen Unfall erfülle weder die Regelung der verschuldensunabhängigen Haftung noch die der Verschuldenshaftung das optimale Ergebnis, deshalb seien nach jeweiligen Zuständen die passenden Haftungsregelungen zu bestimmen.³¹⁴

(2) Zwei kleine Schwäche in Shavells Analyse

Leider hat die Analyse von Shavell einige sehr kleine Schwäche. Bei jedem unilateralen Unfall ist durch die Rechtsnormen der Erwartungsunfallschaden zwischen Schädiger und Geschädigten zu verteilen. Soweit die Regelung der Verschuldenshaftung für den unilateralen Unfall gilt, ist der Erwartungsunfallschaden, der bei den optimalen Sorgfaltanstrengungen des Schädigers auch existiert, nicht externalisiert, sondern in der Tat dem Geschädigten angelastet. Dagegen erleidet diesen Erwartungsunfallschaden der Schädiger, wenn die Regelung der verschuldensunabhängigen Haftung im unilateralen Unfall gilt. Wenn die Bedingung der Null-Transaktionskosten im unilateralen Unfall erfüllt würde, könnte mit der Regelung sowohl der Verschuldenshaftung als auch der verschuldensunabhängigen Haftung das optimale Ergebnis erreicht werden. Bei dem oben angeführten Beispiel wird der Geschädigte unter der Regelung der Verschuldenshaftung 4 € Erwartungsunfallschaden erleiden, bei Null-Transaktionskosten könnte er aber mit dem Schädiger vereinbaren, dass gegen die Zahlung in Höhe von 3 € der Schädiger die fünfte Aktivität unterließe, folglich würde das soziale optimale Aktivitätsniveau 4 auch erreicht. Daraus ist erkennbar, dass nur mit Rücksicht auf die positiven Transaktionskosten die Ineffizienz der Verschuldenshaftungsregelung bei unilateralen Fällen begründet wird.

Darüber hinaus ist das Einteilen des Unfalls in den unilateralen und bilateralen Fall nicht notwendig, sofern die reziproke Natur schädigender Handlungen vor der

³¹³ Vgl. *Shavell*, J. Legal Stud. 9 (1980), 1, 10–17, die kurze aber formelle Darstellung findet sich auch in: *ders.*, Polinsky et al. 2007, 2007, S. 139, 143–146.

³¹⁴ Vgl. *Shavell*, J. Legal Stud. 9 (1980), 1, 17–22.

Rechtszuordnung anerkannt ist.³¹⁵ Danach ist jeder Unfall aus ökonomischer Sicht bilateral. Wenn das mangelhafte Produkt nicht vom Unternehmen hergestellt oder nicht vom Kunden gekauft würde, gäbe es zwischen ihnen keine Produkthaftung; wenn der Fahrer nicht nachts fahren oder der Passant nicht nachts spazieren würde, gäbe es zwischen ihnen auch keinen Verkehrsunfall. Aus juristischer Sicht handelt es sich dabei aber um das Zurechnungsproblem, das angesichts der ökonomischen Logik durch die Hand-Formel bzw. nach dem Prinzip des „cheapest cost avoider“ gelöst wird.³¹⁶ Wenn der Erwartungsunfallsschaden (4 €) beim oben angeführten unilateralen Beispiel weiter vom Geschädigten mit 2 € Sorgfaltskosten eliminiert werden könnte, sollte zur Maximierung der Sozialwohlfahrt dem Geschädigten die entsprechende Sorgfaltspflicht auferlegt werden, dann ginge es dabei um den bilateralen Unfall. Der unilaterale Unfall gibt nur an, dass die eine Partei stets keinen komparativen Kostenvorteil zur Reduzierung des Unfallschadens hat; diese Angabe kann man allerdings ohne Untersuchungen der Einzelfälle nicht erhalten. Deshalb hat das Einteilen des Unfalls in den unilateralen und bilateralen keine praktische Leistung.

(3) Die Unmachbarkeit der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung

Das oben Ausgeführte stellt allerdings auf die Machbarkeit einer idealen Deliktsrechtsordnung ab, die nach dem Kriterium der Maximierung der Sozialwohlfahrt gestaltet ist und gegenüber allen Modellen der Deliktshandlungen immer effiziente legislative Rechtszuordnungen enthält, sodass die hohen Transaktionskosten in der realen Welt völlig zu vermeiden sind. In Bezug auf das kodifizierte Rechtssystem fordern also die effizienten Deliktsrechtsnormen auf einer Seite umfassende Geltungsbereiche und daher die hoch abstrakte Darstellung, was aber gleichzeitig zur Rechtsunklarheit bei konkreten Deliktsfällen führt; auf der anderen Seite fordern sie klare effiziente legislative Rechtszuordnungen gegenüber vielfältigen Deliktsfällen und daher die konkret-klare Darstellung. Dies stellt sich nach der Gesetzgebungstechnik als die unerreichbare Aufgabe dar. Die tatsächliche hohe Abstrakt der Deliktsrechtsnormen zeigt sich, dass die effiziente legislative Rechtszuordnung als Ziel schon von vornherein aufgegeben werden muss.

Man kann daneben– wie das Fallrechtssystem – auf die legislative Rechtszuordnung verzichten und sich dann direkt auf die effiziente justizielle Rechtszuordnung berufen, um die effizienten Haftungsregelungen aus einzelnen Rechtsprechungen zu entnehmen. Dies setzt aber voraus, dass der Geschädigte stets den Anreiz hat, durch die Rechtsklage seinen Schaden ersetzt zu machen. Ohne die Rechtsklage hat das Gericht keine Gelegenheit, die Haftungsregelung nach dem Effizienzprinzip zu gestalten. Allerdings bringt die Rechtsklage mit sich die hohen Transaktionskosten, die

³¹⁵ Die reziproke Natur schädigender Handlungen ist von Shavell missverstanden und dann abgelehnt. Vgl. *ders.*, FeaL 2004, S. 204

³¹⁶ Vgl. *Cooter/Ulen*, L&E 2012, S. 213–217.

sowohl vom Geschädigten als auch vom Schädiger zu tragen sind.³¹⁷ Diese Transaktionskosten haben zumindest zwei negative Folgen: die erste negative Folge besteht darin, dass der Geschädigte nicht die Rechtsklage erheben wird, wenn der von ihm bei der Rechtsklage zu erlangende Erwartungsschadenersatz kleiner als die ihm zuzufügenden Transaktionskosten ist.³¹⁸ Aber ohne die Rechtsklage wird das Deliktsverhalten des Schädigers nicht mit Sanktionen belegt, sodass sein Verhalten in Zukunft auch nicht nach der maximierenden Sozialwohlfahrt gerichtet wird, was zum ständigen Sozialwohlfahrtsverlust führt. Daneben haben die Transaktionskosten bei der Rechtsklage selbst die Reduzierung der Sozialwohlfahrt zur Folge.³¹⁹ Demgemäß ist zur Maximierung der Sozialwohlfahrt die Rechtsklage nicht zu erheben, wenn die gesamten Transaktionskosten höher als der Gewinn der Rechtsklage sind, der gleich dem Erwartungsschadenersatz ist.³²⁰ Allerdings wird der Geschädigte in diesem Fall noch die Rechtsklage erheben, wenn die ihm angelasteten Teiltransaktionskosten kleiner als der von ihm erhaltene Erwartungsschadenersatz sind, d.h. in diesem Fall weicht der persönliche Anreiz des Geschädigten von der sozialen Anreiz der Wohlfahrtsmaximierung ab.³²¹

Selbstverständlich würden diese zwei negativen Folgen erlöschen, wenn die gesamten Transaktionskosten bei der Rechtsklage sehr klein oder viel kleiner als der Erwartungsschadenersatz und vor allem vom Geschädigten zu tragen wären. Diese Bedingungen sind leider in der realen Welt nicht erfüllt. Zunächst hat der Schädiger in der Realität stets den genügenden Anreiz, die Transaktionskosten bei der Rechtsklage zu erstellen und auch aufzunehmen, um den von ihm zu tragenden Erwartungsschadenersatz herabzusetzen. Selbst wenn die den jeweiligen Parteien angelasteten Transaktionskosten bei der Rechtsklage kleiner als der Erwartungsschadenersatz sind, ist die Summe der von beiden Parteien hinzunehmenden Transaktionskosten sehr wahrscheinlich höher als der Erwartungsschadenersatz, folglich ist die Erhebung der Rechtsklage im Sinne der Sozialwohlfahrtsmaximierung ineffizient. Beispielsweise beträgt der Erwartungsschadenersatz 300 €, dann hat zunächst der Schädiger den genügenden Anreiz, die Maßnahme zu treffen, um sich diesem Schadensersatz zu entziehen; solange die Kosten dieser Maßnahme nicht über 300 € betragen, wird der Schädiger absichtlich diese Maßnahme treffen. Das Gleiche gilt auch für den Geschädigten, weil er zur Erlangung dieses Schadensersatzes bestimmte Maßnahme treffen wird, die auch zu Transaktionskosten führt. Folglich ist die Summe der sowohl vom Geschädigten als auch vom Schädiger hinzunehmenden Transaktionskosten in der Regel höher als 300 €, sodass bei der Rechtsklage der Verlust der Sozialwohlfahrt entsteht.

³¹⁷ Diese Art der Transaktionskosten ist von Shavell als „administrative costs“ genannt, dazu gehören nicht nur die Kosten der Rechtsklage von beiden Parteien, sondern auch die anderen Kosten, die zur Lösung des Rechtsstreits zu tragen sind. Vgl. *Shavell*, FeaL 2004, 280 f.

³¹⁸ *Ders.*, J. Legal Stud. 11 (1982), 333, 335 f.

³¹⁹ *Kaplow*, J. Legal Stud. 15 (1986), 371, 372.

³²⁰ *Ders.*, J. Legal Stud. 15 (1986), 371, 380.

³²¹ Vgl. *ders.*, J. Legal Stud. 15 (1986), 371, 379–382.

Man könnte dagegen einwenden, dass die einmalige Rechtsklage zwar ineffizient wäre, aber die aus ihr entnommene Haftungsregelung angesichts der langfristigen ex-ante Auswirkung zur effizienten Verhaltenssteuerung des Akteures führen könnte. Dieser Einwand ist leider nicht überzeugend, die effiziente Verhaltenssteuerung ist im Fallrechtssystem davon vorausgesetzt, dass die aus einzelnen Rechtsprechungen entnommene effiziente Haftungsregelung in seinem Geltungsumfang sehr klar wäre und gleichzeitig auch einige Allgemeinheit besäße, sodass die Summe der zukünftigen Rechtsklagen im Deliktsrechtsbereich reduziert würde. Die Tatsache der Deliktsrechtspraxis im Fallrechtssystem, dass die Summe der Deliktsrechtsklagen seit Jahren ständig zunimmt,³²² hat gerade nachgewiesen, dass diese Voraussetzung niemals erfüllt wird und werden kann. Zusammenfassend kann man diese Auffassung für genügend begründet halten, dass die effiziente justizielle Rechtszuordnung als das Mittel der effizienten Regelungen im Deliktsrechtsbereich – wie die Rechtspraxis des Fallrechtssystems zeigt – verfehlt werden soll und in der Realität zu sehr hohen Transaktionskosten führt.

(4) Die Machtbarkeit der klaren anfänglichen Rechtszuordnung durch die Rechtsdogmatik

Es kommt dann die klare anfängliche Rechtszuordnung im Deliktsverhalten in Frage. Obwohl man hier die Effizienz der anfänglichen Rechtszuordnung nicht zu berücksichtigen braucht, könnte die hohe Abstrakt der Deliktsrechtsnormen anscheinend die Klarheit der legislativen Rechtszuordnung unmöglich machen. Meiner Meinung nach ist dies keineswegs der Fall im Deutschland, wo die Zivilrechtsdogmatik von Juristen gemeistert und angewendet wird.

Die deliktsrechtliche Dogmatik gilt also als die Brücke zwischen den abstrakten gültigen Deliktsrechtsnormen und den vielfältigen mit Sanktionen zu belegenden Deliktshandlungen, der dafür gebildete verbindliche rechtsdogmatische Lehrsatz besitzt sowohl die einige Ebene der Allgemeinheit als auch die Klarheit der Rechtszuordnung, durch dessen Anwendung pflegt man die legislative Rechtszuordnung gegenüber dem konkreten Fall unmittelbar klar zu machen.³²³ Insbesondere stellt sich der beherrschende Lehrsatz als der juristische Konsens für die meisten Juristen in Bezug auf den konkreten Fall dar, deshalb ist die durch ihn erklärte legislative Rechtszuordnung in der Regel für die Rechtsanwälten sowohl des Schädigers als auch des Geschädigten anerkannt, folglich ist das Risiko des Rechtsstreits wegen der Abstraktheit der Deliktsrechtsnormen und wegen der Informationsasymmetrie in vielen Fällen vermieden, d.h. die Rechtsdogmatik hat im großen Teil die unnötige Rechtsklage vermieden und daher die Transaktionskosten im großen Maße erspart. Selbst wenn die Rechtsklagen wegen der Rechtsunklarheit erhoben sind, versuchen die deutschen

³²² Die relevanten empirischen Daten finden sich in: *Cooter/Ulen*, L&E 2012, 261 ff.; *Shavell*, J. Legal Stud. 26 (1997), 575, 575 ff.; *Kessler/Rubinfeld*, Polinsky et al. 2007, 2007, S. 343, 351 ff.

³²³ Übereinstimmend in *Jansen*, Haftungsrecht, 21-30, 182 ff., 387 f.

Juristen, aus den einzelnen Rechtsprechungen die nach bestimmten Gesichtspunkten organisierten Fallgruppen zu bilden und dann den mit den gültigen Rechtsnormen im Einklang stehenden rechtsdogmatischen Lehrsatz für diese Fallgruppen zu induzieren.³²⁴ Dieser Versuch gilt aus ökonomischer Sicht als die Maßnahme zur Reduzierung der zukünftigen Transaktionskosten.

Obwohl die rechtsdogmatische Gestaltung und die Dienstleistungen der Juristen selbst die Transaktionskosten erbringen, kann man aber mit vernünftigen Gründen annehmen, dass diese Transaktionskosten viel niedriger als die bei der Formulierung der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung sind und aus wohlfahrtsökonomischer Sicht den kleineren Wohlfahrtsverlust herbeiführt, denn die Tatsache, dass die Deliktsverhalten im alltäglichen Leben vielfältig und hoch kompliziert sind, verweist auf die enormen Informationskosten der effizienten anfänglichen Rechtszuordnungen. Der ökonomische Sinn der Rechtsdogmatik besteht darin, dass durch sie die anfänglichen Rechtszuordnungen, die im Einklang mit der gesamten Rechtsordnung stehen sollen, gegenüber den vielfältigen Sachverhalten klar geworden sind, damit die Transaktionskosten bei menschlichen Leben erheblich erspart werden. Aus diesen Gründen ist die Behauptung, dass das Fallrechtssystem, wo die effiziente justizielle Rechtsordnung erreicht werden kann, aus Sicht der Wohlfahrtsökonomik effizienter als das kodifizierte Rechtssystem sei, völlig falsch, denn im kodifizierten Rechtssystem kann durch die Rechtsdogmatik die Klarheit der anfänglichen Rechtszuordnung erreicht werden, die aus ökonomischer Sicht nicht unbedingt nachrangiger als die Effizienz der anfänglichen Rechtszuordnung ist, während im Fallrechtssystem die Rechtsdogmatik fehlt und somit die Klarheit der anfänglichen Rechtszuordnung vernachlässigt werden mag.

2. Die Transaktionskosten

Die Entdeckung der Transaktionskosten gehört zu einem der wichtigsten Beiträge von Coase. Jetzt ist diese Rede trivial geworden, dass die Transaktionskosten in der realen Welt den erheblichen Einfluss auf das menschliche Verhalten haben, allerdings weiß man nicht genau, was der Begriff der Transaktionskosten ist, und wie durch die Verwendung der Transaktionskosten das menschliche Verhalten in Bezug auf die aktuelle Rechtsordnung zu erklären ist. Diese beiden Fragen werden in diesem Abschnitt bearbeitet.

a) Der Begriff der Transaktionskosten

Der Umfang der Transaktionskosten, der durch den Begriff der Transaktionskosten bestimmt ist, hat einen erheblichen Einfluss auf die Gültigkeit des Coase-Theorems. Wenn der Umfang der Transaktionskosten von Ökonomen zu eng festgestellt würde, könnten andere Arten der Transaktionskosten ausgeklammert werden; dies führt

³²⁴ Pawlowski, Methodenlehre, Rn. 821 f.; Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/neue-beitraege/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivil-recht>), Rn. 16 f. (geprüft am 2017/3/20).

zum Fehlschluss, die Bedingung der Null-Transaktionskosten könne nicht die optimale Ressourcenallokation implizieren, deshalb sei das Coase-Theorem falsifiziert. Der Begriff der Transaktionskosten soll daher derartig festgestellt werden, dass er die Realität widerspiegeln und zugleich die Gültigkeit des Coase-Theorems garantieren kann. Grundsätzlich gibt es zurzeit zwei Versionen der Transaktionskosten, nämlich die Neuklassik-Version der Transaktionskosten und die Property-Richt-Version der Transaktionskosten.

aa) Die Neuklassik-Version der Transaktionskosten

Die Neuklassik-Version der Transaktionskosten beschränkt sich auf die Transaktionskosten in Bezug auf die am Markt geschehenden Transaktion, dabei handelt es sich also um die vertragliche Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts durch die Vertragspartner. In diesem Zusammenhang meint Cooter, die Transaktionskosten im Sinne vom Coase-Theorem setzten immer das konkurrierende Markt voraus, an dem sich die Verhandlungen zum Marktgeschäft im kooperativen Rahmen befänden und jede Verhandlungsparteien durch das Marktgeschäft besser gestellt werden könnten.³²⁵ Wenn der entsprechende Markt nicht existiere und damit die Regelungen für Austauschgeschäfte fehlten, befänden sich die Verhandlungen zum Geschäft im Rahmen des Null-Spiels, wobei die Gewalt, die Erpressung, usw., als Verhandlungsmittel nicht eingeschränkt seien; in diesem Fall könne das Hobbes-Theorem gelten, danach sei zur Effizienz der Ressourcenallokation der Eingriff der dritten Autorität erforderlich sei, die in der Regel die Regierung sei und die Verhandlungsmittel begrenze.³²⁶ Darüber hinaus meint Cooter, der Irrtum des Coase-Theorems bestehe darin, dass es sich nur auf kooperative Verhandlungen beschränkte, aber die Reduzierung der Transaktionskosten verweise nicht unbedingt auf die kooperativen Handlungen der betroffenen Parteien.³²⁷

Neben den Verhandlungskosten ist weit anerkannt, dass die Informationskosten zu den Transaktionskosten gehören. Die effiziente Ressourcenallokation lässt sich also durch die vollständigen Informationen gewährleisten.³²⁸ Man spricht bei einer Transaktion vom Erfassen der vollständigen Informationen, wenn die eine Partei nicht nur die vollständigen Kenntnisse über ihre eigene Präferenz und Zustände, sondern auch die Kenntnisse über die Präferenz und Zustände der anderen Partei besitzt, und die andere Partei auch die solchen Kenntnisse hat.³²⁹ Ohne diese Informationen dürften die Parteien nicht die optimale Ressourcenallokation erreichen, beispielsweise kann bei der Informationsasymmetrie das opportunistische Verhalten der einen Partei ausgelöst werden, die mehrere Informationen besitzt und zum eigenen Interesse diese

³²⁵ Cooter, J. Legal Stud. 11 (1982), 1, 16 f.

³²⁶ Vgl. ders., J. Legal Stud. 11 (1982), 1, 18 f.

³²⁷ Ders., J. Legal Stud. 11 (1982), 1, 23, 28.

³²⁸ Eggertsson, Eggertsson 1994, 15 f.

³²⁹ Hahnel/Sheeran, J. Econ. Issues 43 (2009), 215, 225 f.

Informationen nicht kundgibt,³³⁰ zwar kann diese Partei wegen seiner Informationsvorteile mehrere Ressourcen erlangen, weil die andere Partei, die den Gebrauchswert solcher Ressourcen höher schätzt, wegen der fehlenden Informationen auf diese Ressourcen verzichtet, aber die Ressourcenallokation in diesem Fall ist nicht optimal. Die Kosten der Informationen verhindern also die zur optimalen Ressourcenallokation dienende Transaktion, gehören daher zu den Transaktionskosten.

Nimmt man also die Neuklassik-Version der Transaktionskosten an, dann kann der Begriff der Transaktionskosten typischerweise so dargestellt werden: „transaction costs are ubiquitous in market economies and can arise from the transfer of any property right because parties to exchanges must find one another, communicate and exchange information. There may be a necessity to inspect and measure goods to be transferred, draw up contracts, consult with lawyers or other experts and transfer title.“³³¹ Daraus ist erkennbar, dass sich die Neuklassik-Version der Transaktionskosten nur am Prozess der Übertragung des subjektiven Rechts am Markt orientiert. Sie setzt immer die Handhabung des Marktmechanismus voraus, und entweder nimmt den aktuellen Zustand der anfänglichen (legislativen oder justiziellen) Rechtszuordnung als gegeben an, oder scheidet ihn einfach aus.

bb) Die Property-Right-Version der Transaktionskosten

Die Property-Right-Version der Transaktionskosten geht von der Ursache der Auslösung der Transaktionskosten aus. Denn gem. dem Coase-Theorem entstehen die Transaktionskosten wegen der Unklarheit der Zuordnung sämtlicher subjektiven Rechte; wenn sämtliche subjektiven Rechte klar zugeordnet würden, gäbe es gar keine Transaktionskosten und wäre das Ziel der optimalen Ressourcenallokation auch erreicht. Denn die Transaktion im Einzelfall bezeichnet sich als die Transaktion der bestimmten subjektiven Rechte, bei der es sich also um die vertragliche Rechtszuordnung handelt, die weiter von der klaren legislativen oder justiziellen Rechtszuordnung vorausgesetzt ist. Bei der Property-Right-Version der Transaktionskosten handelt es sich nicht nur um den Transfer bzw. die vertragliche Zuordnung des subjektiven Rechts, sondern auch die durch die Staatsorgane vorgenommene Distribution des subjektiven Rechts bzw. die legislative oder justizielle Zuordnung des subjektiven Rechts, auf die die gesellschaftlichen oder staatlichen Institutionen aufgebaut werden.

In diesem Zusammenhang kann die Definition der Transaktionskosten so formuliert werden: „Transaction costs are the resources used to establish and maintain property rights. They include the resources used to protect and capture (appropriate without permission) property rights, plus any deadweight costs that result from any potential

³³⁰ *Williamson*, Capitalism, S. 47–49.

³³¹ *Stavins*, J. Environ. Econ. Manag 29 (1995), 133, 134. Eine Liste der Anhänger der Neuklassik-Version der Transaktionskosten findet sich in: *Allen*, Methodology, 2000, S. 893, 901 f.

or real protecting and capturing“.³³² Der Transfer des Property-Rights bezieht sich nur auf den Endeprozess der Transaktion; um diesen Transfer erfolgreich zu machen, sind die sozialen oder rechtlichen Regelungen erforderlich, beispielsweise wenn der Diebstahl und die Gewalt bei Transaktion nicht durch die Rechtsordnung verboten wären, würde kein Property-Right gebildet und der Transfer des Property-Rights am Markt überhaupt nicht geschehen.³³³ In diesem Sinne bezeichnen sich die Transaktionskosten einfach als die Kosten der jeglichen Arten der Rechtszuordnungen. Bei den Kosten der legislativen Rechtszuordnung geht es um die Kosten zum Klarmachen der durch die Rechtsordnung implizierten Rechtszuordnungen, die in Deutschland entweder durch detaillierte Gesetzgebung (z.B. das AGB-Recht) oder durch die von Juristen entwickelten Rechtsdogmatik (z.B. die Deliktsrechtsdogmatik) zu erreichen sind. Falls die legislative Zuordnung der bestimmten subjektiven Rechte, die als der Gegenstand der Transaktion gelten können, nicht klar ist oder nicht von den relevanten Akteuren befolgt wird, dann streiten bestimmte Akteure um diese Rechte. Danach entsteht die Möglichkeit der justiziellen Rechtszuordnung, deren Kosten als die Kosten der durch die Rechtsklage klargemachten Zuordnung dieser Rechte bezeichnet werden. Bei den Kosten der vertraglichen Rechtszuordnung geht es um die Kosten zur Transaktion der subjektiven Rechte, zu der das Durchsetzen, Aufgeben und Austauschen solcher Rechte gehören.

Die Property-Right-Version der Transaktionskosten nimmt also einen sehr umfangreichen Umfang der Transaktionskosten, der vor allem von neuen Institutionenökonomien befürwortet ist. Oliver Williamson betont, „transaction cost ... need to be located in the larger context of which they are a part. ... The social context in which transactions are embedded – the customs, more, habits, and so on – have a bearing, and therefore need to be taken into account“.³³⁴ „Transaction cost economics is an exercise in comparative institutional analysis, in which the efficacy of alternative modes of organization - markets, hybrids, hierarchies, public bureaus - are examined in relation to and aligned with the attributes of transactions.“³³⁵ Cheung vertritt diese Auffassung, dass die Transaktionskosten eigentlich die Institutionenkosten sind und diese Kosten darstellen, die nicht in der eine-Person-Welt, sondern nur in der mehr-als-eine-Person-Welt existieren,³³⁶ sie enthalten sämtliche vorstellbare Kosten in der Gesellschaft mit Ausnahme von den ausschließlich aus dem Produktions- und Transportationsprozess entstehenden Kosten.³³⁷ Furubotn und Richter teilen dann die Transaktionskosten in Markt-, Unternehmens- und politische Transaktionskosten ein,

³³² Allen, Research in Law and Economics 14 (1991), 1, 3.

³³³ Vgl. ders., Methodology, 2000, S. 893, 899.

³³⁴ Williamson, Capitalism, S. 22.

³³⁵ Ders., Governance, S. 327.

³³⁶ Cheung, Werin 1992, 1992, S. 48, 51.

³³⁷ Ders., Econ. Inq. 36 (1998), 514, 515.

wobei politische Transaktionskosten die Kosten von Gesetzgebung und Gesetz-durchsetzung enthalten und sicherlich über die Neuklassik-Version der Transaktionskosten hinausgehen.³³⁸

Diese Darstellungen der Transaktionskosten sind sicherlich mit der Property-Right-Version der Transaktionskosten vereinbar. Denkt man daran, dass die Transaktionskosten nur in der mehr-als-eine-Person-Welt eintreten, ohne jegliche Institutionen werden die Akteure in dieser Welt miteinander um die Distribution jeglichen Ressourcen streiten, d.h. ohne diese Institutionen wird der Begriff des Property-Rights bzw. des subjektiven Rechts gar nicht gebildet. In der modernen Gesellschaft sind diese Institutionen unter der aktuellen Rechtsordnung unmittelbar oder mittelbar konstruiert: die staatlichen Institutionen und die gesetzlichen Regelungen über subjektive Rechte sind unmittelbar durch die aktuelle Rechtsordnung bestimmt; die gesellschaftlichen Institutionen und Regelungen dürfen der aktuellen Rechtsordnung nicht widersprechen, und einige soziale Regelungen können von der aktuellen Rechtsordnung auch als gültig anerkannt werden. Solange der Akteur unter diesen Institutionen handelt und irgendwelche Ressourcen in dieser Gesellschaft verwendet, handelt es sich immer um bestimmte Arten der Zuordnung bestimmter Arten des subjektiven Rechts.

cc) Die Stellungnahme

In dieser Arbeit wird die Property-Right-Version der Transaktionskosten befürwortet, denn zuerst vermeidet sie den logischen Fehler, den die Neuklassik-Version der Transaktionskosten erleidet. Die Neuklassik-Version der Transaktionskosten impliziert also, dass bei Null-Transaktionskosten die Ressourcenallokation am Markt immer optimal ist, unabhängig vom Zustand der ursprünglichen Distribution bzw. Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts. Daraus ergibt sich, dass bei Null-Transaktionskosten der entsprechende Markt ebenfalls existiert. Dies ist aber falsch, denn „when there are no costs of making transactions, it costs nothing to speed them up, so that eternity can be experienced in a split second“,³³⁹ dabei kann die Transaktion einfach durch die spontane Vereinbarung zwischen Transaktionspartnern erledigt werden und der entsprechende Markt wird überhaupt nicht existieren.

Die Neuklassik-Version der Transaktionskosten beschränkt sich vor allem auf die kooperativen Aktivitäten der Akteure am Markt. Eine solche Beschränkung der Transaktionskosten auf die kooperative Aktivität entspricht allerdings nicht dem

³³⁸ Vgl. Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 58–64.

³³⁹ Coase, FML, S. 15.

Coase-Theorem. Denn viele kooperative Verhandlungen zwischen Parteien geschehen gar nicht am Markt,³⁴⁰ und die kooperative Verhandlung zwischen zwei Personen impliziert überhaupt kein Marktgeschäft.³⁴¹ Im Gegensatz dazu kann mit der Annahme der Property-Right-Version der Transaktionskosten der Umfang der ökonomischen Analyse bezüglich der Transaktionskosten erheblich erweitert werden. Beispielsweise ist von Coase aufgewiesen, dass eben im Marktgeschäft die Erpressung bei der Verhandlung sehr normal ist,³⁴² es handle sich darum, ob den Parteien die rechtliche Kompetenz zur Erpressung verteilt werde, ob die Erpressung im Vergleich mit anderen Verhandlungsweisen die niedrigeren Transaktionskosten erbringe.³⁴³

Außerdem ist durch die Property-Right-Version der Transaktionskosten der Gesellschaftshintergrund der Transaktionskosten impliziert, der aber in der Neuklassik-Version der Transaktionskosten oft missachtet. Beispielsweise gehören die Informationskosten zwar zu typischen Transaktionskosten, aber nur unter der Bedingung der mehr-als-eine-Person-Welt, wo sich die Gesellschaft erst bildet. In der eine-Person-Welt nimmt der Akteur zwar die Informationskosten bzw. die Kosten zum Erfassen seiner eigenen Präferenz und Umstände auf, aber in dieser Welt gibt es keine andere Person, mit der dieser Akteur die Transaktion machen kann, deshalb gehören die Informationskosten in der eine-Person-Welt nicht zu Transaktionskosten, bevor die zweite Person diese Welt betritt.³⁴⁴ In der Tat gibt es in der eine-Person-Welt überhaupt keine Transaktionskosten, weil in dieser Welt die einzige Person selbst die Entscheidung über die Ressourcenallokation trifft und auch selbst die daraus entstehenden sämtlichen Kosten aufnimmt. Dies übersieht man allerdings mit der Annahme der Neu-Klassik-Version der Transaktionskosten.

Seit Langem ist gegen das Coase-Theorem eingewendet, es sei tatsächlich tautologisch,³⁴⁵ denn wenn die Transaktionskosten null seien, brauche man gar nicht das Property-Right klar und effizient abzusondern, und das optimale Ergebnis sei automatisch erreicht. Daraus ergebe sich, dass die Null-Transaktionskosten mit der optimalen Ressourcenallokation gleichbedeutend seien und die Einführung des Property-Rights in die ökonomische Erklärung überflüssig sei.³⁴⁶ Durch die Property-Right-Version des Transaktionskostenbegriffs ist das Verhältnis zwischen den Transaktionskosten und dem Property-Right klar geworden, und die Null-Transaktionskosten weisen zugleich die kostenlosen jeglichen Rechtszuordnungen auf.³⁴⁷ Da die Arten und die Verfahren der Rechtszuordnungen in der realen Welt jedenfalls

³⁴⁰ Siehe *ders.*, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 8–11.

³⁴¹ *Hahnel/Sheeran*, J. Econ. Issues 43 (2009), 215, 220.

³⁴² *Coase*, Va. L. Rev. 74 (1988), 655, 658 f.

³⁴³ Vgl. *ders.*, Va. L. Rev. 74 (1988), 655, 673–676.

³⁴⁴ *Allen*, Methodology, 2000, S. 893, 906.

³⁴⁵ Diese Auffassung ist zumindest von Calabresi, Cheung und Usher zu vertreten. *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1092; *Cheung*, *Werin* 1992, 1992, S. 48, 53 f.; *Usher*, Econ. Lett. 61 (1998), 3, 9. Dagegen spricht *Cooter*, J. Legal Stud. 11 (1982), 1, 14 f.

³⁴⁶ *Cheung*, *Cheung* 1986, S. 37; *Usher*, Econ. Lett. 61 (1998), 3, 4, 7.

³⁴⁷ *Allen*, Journal of Institutional Economics 11 (2015), 379, 387 f.

empirische Inhalte enthalten und die kostenlosen Rechtszuordnungen bereits durch die empirische Realität widerlegt sind, ist das Coase-Theorem keineswegs tautologisch. Zudem sind die Transaktionskosten durch ihren Zusammenhang mit der Rechtszuordnung in konkreten Fällen nachvollziehbar und leichter messbar. Man kann sich vom rechtsrealistischen Standpunkt aus damit beschäftigen, welche Zuordnungsweise der bestimmten Verhaltensbefugnis im konkreten Fall auf dem Spiel stehen, und wie hoch die Kosten der jeweiligen Zuordnungsweise sind. Die Transaktionskosten sind – wie die anderen Arten der ökonomischen Kosten – die Opportunitätskosten und betragen den höchsten verlassenen Gewinn der bei der bestimmten Rechtszuordnungsweise verwendeten Ressourcen.³⁴⁸

b) Die Transaktionskosten im Verhältnis zur Transaktionsrente

Die Transaktionskosten sind bei der Transaktion in der realen Welt unvermeidlich. Fraglich ist jedoch, wo die Grenze der vom Akteur hinzunehmenden Transaktionskosten liegt, damit seine persönlichen Interessen unter gegebenem Umstand maximiert werden und zugleich sein Verhalten mit der Rationalitätsannahme vereinbar ist, und welche Folgen eingetreten sind, wenn die Transaktionskosten diese Grenze überschreiten. Diese Fragen werden im Folgenden näher bearbeitet, und dabei handelt es sich um das Verhältnis zwischen Transaktionskosten und Transaktionsrente.

aa) Die Transaktionsrente als die Grenze der hinzunehmenden Transaktionskosten

Die Ursache, warum der Akteur trotz der positiven Transaktionskosten das bestimmte Geschäft noch unternimmt, besteht darin, dass die daraus entstehenden Transaktionskosten nicht die ökonomische Rente dieses Geschäfts überschreitet. Diese Rente kann hier als der Nettogewinn dieses Geschäfts angesehen werden, der den Gewinn minus die Kosten dieses Geschäfts ausmacht. Die Kosten dieses Geschäfts sind der verlassene höchste Gewinn der beim Geschäft verwendeten Ressourcen. Nehmen wir ein einfaches Beispiel an: Durch den Verbrauch bestimmter Ressourcen kann entweder das Geschäft G1 oder das Geschäft G2 vorgenommen werden, der Gewinn des G1 beträgt mit der Berechnung seiner Transaktionskosten

³⁴⁸ Aus diesem Grund behauptete Cheung, dass die unterschiedlichen Transaktionskosten nur an der Grenze (at the margin) messbar sind. Vgl. *Cheung*, Werin 1992, 1992, S. 48, 51; *Cheung*, IaC 2010, 229 f. Es ist häufig in der realen Welt unmöglich, die eine Art der Transaktionskosten von der andere abzusondern, z.B. ein Rechtsanwalt hilft regelmäßig dem Mandanten nicht nur bei der Rechtsberatung, sondern auch bei den Vertragsverhandlungen, sodass in der Zahlung des Mandanten für die Dienstleistungen des Rechtsanwalts die Verhandlungskosten in der Regel nicht von den Rechtsberatungskosten abzugrenzen sind; der Geschäftsführer einer GmbH ist nicht nur zuständig für die Leistungsüberwachung, sondern auch für das Veranstaltungsorganisieren, es stellt sich dann die Frage, zu welcher Art der Transaktionskosten der Lohn des Geschäftsführers gehört. *Cheung*, *Econ. Inq.* 36 (1998), 514, 515. Um das menschliche Verhalten nach der Ökonomik zu erklären, braucht man nur die Transaktionskosten unter gegebenem Umstand an der Grenze zu messen.

noch 1000 €, und der Gewinn des G2 beträgt ohne die Berechnung seiner Transaktionskosten 1100 €. Mit der Vornahme des G2 muss der Akteur auf G1 verzichten, die Kosten des G2 sind daher der Gewinn des G1 und betragen 1000 €, und die ökonomische Rente des G2 beträgt 100 €. Allerdings muss der Akteur beim G2 auch bestimmte Transaktionskosten hinnehmen, die den Gewinn des G2 herabsetzt und zugleich die Rente des G2 auflöst. Falls die dem Akteur angelasteten Transaktionskosten des G2 mehr als 100 € betragen und daher höher als die Rente des G2 sind, wird der Akteur G2 unterlässt und G1 unternimmt, weil jetzt das G1 mehrere Gewinne als das G2 bringt. Solange diese Rente mehr als null Euro beträgt, wird der Akteur als rationaler Handelnde immer G2 vornehmen.³⁴⁹

Es ist dann erkennbar, dass die Transaktionskosten in der realen Welt die Auflösung der ökonomischen Rente der Transaktion bewirken. Das ist der Zusammenhang zwischen Transaktionskosten und Rentenauflösung, der zunächst von Cheung entdeckt ist.³⁵⁰ Nach Cheung ist die Rentenauflösung durch das vollständige Marktgeschäft über das subjektive Recht zu vermeiden, bei dem der Marktpreis als einzige Regelung zum Erlangen des subjektiven Rechts gilt, denn man kann danach das bestimmte subjektive Recht gegen seinen Marktpreis unmittelbar erlangen, und die Verhandlungs- und Informationskosten bei der vertraglichen Rechtszuordnung sind völlig vermieden.³⁵¹ Aber Cheung hat auch zugegeben, dass die Bildung des entsprechenden Markts nicht kostenlos ist, denn das Marktgeschäft über das subjektive Recht ist von der klaren legislativen Zuordnung solches Rechts vorausgesetzt, die in der Tat niemals kostenlos ist,³⁵² z.B. die Bildung des Markts über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wo das solche Recht ohne jegliche Einschränkungen gegen den Marktpreis aufgehört oder ausgetauscht wird, ist durch die aktuelle Rechtsordnung erheblich eingeschränkt, und zur Bildung solches Markts sind daher die Kosten der erneuten legislativen Rechtszuordnung (der Gesetzesänderung) erforderlich. Deshalb gibt es die Rentenauflösung auch am vollständigen Markt, wo nur die Kosten der vertraglichen Rechtszuordnung erlöschen und die Kosten der legislativen und der möglichen justiziellen Rechtszuordnung noch bleiben.³⁵³ Auf dieser Grundlage ist in dieser Arbeit die Auffassung von Allen zu vertreten: ist einmal die einzelne Verhaltensbefugnis als das subjektive Recht festgestellt, ist zugleich die Transaktionsrente solches Rechts auch festgesetzt.³⁵⁴ Diese Rente ist durch jede Arten der Rechtszuordnungen aufgelöst, sie bildet auch die Grenze der vom Akteur bei der Transaktion dieses Rechts hinzunehmenden Transaktionskosten.

³⁴⁹ Dies gehört zum Basiswissen der Ökonomik und handelt von dem richtigen Verständnis des Begriffs der ökonomischen Kosten, die sich stets als die Opportunitätskosten bezeichnen.

³⁵⁰ Vgl. Cheung, J. Law Econ. 17 (1974), 53, 58–61.

³⁵¹ Ders., IaC 2010, S. 240–245.

³⁵² Ders., IaC 2010, S. 245.

³⁵³ Dies ist auch von Cheung zugegeben, er nennt die Marktgeschäfte als „luxuriöse Dinge“, die jedenfalls beträchtliche Transaktionskosten voraussetzen. ders., Cheung CoIA, S. 67.

³⁵⁴ Allen, Journal of Institutional Economics 11 (2015), 379, 283 f.

bb) Die Folge des Überschreitens dieser Grenze

Wenn die Transaktionskosten die Grenze der Transaktionsrente überschreiten, scheitert unbedingte diese Transaktion. Das ist zwar korrekt, aber nicht konkret, denn das Überschreiten dieser Grenze kann in unterschiedlichen Phasen der Rechtszuordnung geschehen und führt dann zu unterschiedlichen Folgen, die zum Verstehen der realen Welt erläuterungsbedürftig sind.

Wenn die Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts bereits in der Rechtsordnung fehlt oder unklar ist, muss der Akteur die Kosten der legislativen oder justiziellen Rechtszuordnung tragen. Falls diese Kosten die Rente dieses Rechts übersteigen, wird dieser Akteur überhaupt keine irgendwelche Zuordnungen dieses Rechts vornehmen. Nehmen wir als ein Beispiel an, dass sich der Akteur A mit den anderen Akteuren wegen der Gesetzeslücke um das Eigentumsrecht an der beweglichen Sache S streiten, die physisch nicht von A besetzt ist und deren Rente 300 € beträgt. Hierbei hat A unterschiedliche Strategien zum Erlangen dieses Eigentumsrechts, zunächst kann er durch das Gesetzgebungsverfahren neue Rechtsvorschriften in Kraft setzen lassen, gemäß denen ihm das Eigentumsrecht an S zukommt, dabei muss er persönlich die Kosten der legislativen Rechtszuordnung in Höhe von 5 Millionen Euro tragen. Daneben kann A durch die Teilnahme an der Rechtsklage mit 50% Wahrscheinlichkeit das Eigentumsrecht an S erwerben, und die von ihm zutragenden Kosten der justiziellen Rechtszuordnung betragen 2000 €. Da die von A zu tragenden Kosten der entweder legislativen oder justiziellen Rechtszuordnung stets höher als die Rente der S sind, will A gar nichts tun, um das Eigentumsrecht an S zu erlangen.

Selbst wenn die legislative Zuordnung des zu handelnden subjektiven Rechts genug so klar ist, dass dem bestimmten Akteur durch die Rechtsklageerhebung mit 100% dieses Recht zugebilligt wird. Der andere Akteur kann zugunsten seines eigenen Interesses diese legislative Zuordnung nicht eingestehen, dann muss der Akteur an der Rechtsklage teilnehmen und zugleich die Kosten der justiziellen Rechtszuordnung tragen. Falls diese Kosten höher als die Rente dieses Rechts sind, wird er nicht durch die Rechtsklage sein subjektives Recht bestimmen, dann entsteht das berühmte ökonomische Phänomen, nämlich die Externalität.³⁵⁵ Beispielsweise arbeitet der Akteur F zu Hause, aber dies bringt die Abgasemission, die die Luft eines Wohngebiets verschmutzt und die Gesundheit des dortigen Bewohners B geschädigt, dem Sachverhalt zufolge steht dem B der Schadensersatz- und Abwehranspruch zu, dieser Anspruch ist allerdings nicht vom F anerkannt und muss daher durch die Rechtsklage bestimmt. Obwohl F als die unterliegende Partei gem. §§ 91ff. ZPO die Kosten des Rechtsstreits der B zu erstatten hat, umfasst der Umfang dieser Kosten aber nicht

³⁵⁵ Dieser Begriff der Externalität ist eng mit den Transaktionskosten verbunden. Dies ist von Zerbe vertreten: „In essence, externalities come into being because the transactions costs of resolving them are too high. In this sense, every story about externalities is also a story about transactions costs.“ Zerbe, Zerbe 2001, S. 169.

vollständig die vom B zu tragenden Kosten der justiziellen Rechtszuordnung, folglich muss B selbst ein Teil der Kosten der justiziellen Rechtszuordnung hinnehmen. Wenn das Teil der vom B getragenen Kosten der justiziellen Rechtszuordnung höher als der Schadensersatz ist, wird B nicht die Rechtsklage erheben, die Abgasemission vom F hinnehmen und ggf. selbst die Anlagen der Luftreinigung einrichten. Das vom F ausgestrahlte Abgas bezeichnet man hier als den schädigenden Effekt, weil gegen diese Abgasemission dem B der Abwehr- und Schadensersatzanspruch zusteht, und das Hinnehmen der Abgasemission von B ist gerade das Zeichen der sog. Externalität; ohne solche Ansprüche würde die Abgasemission gar nicht als der schädigende Effekt, sondern als die Ausübung der dem F nach der Rechtsordnung zustehenden Freiheit bezeichnet. Aus diesem Beispiel lässt sich erkennen, dass die Externalität nicht die sog. Divergenz zwischen den sozialen und privaten Kosten, sondern die zu hohen Kosten der justiziellen Rechtszuordnung aufweist, ihr liegt stets die konkrete legislative Rechtszuordnung zugrunde; gelingt im oben angeführten Beispiel die justizielle Zuordnung des Schadensersatz- und Abwehranspruches am B, erlischt sofort die Externalität.

Falls die Zuordnung einer bestimmten Verhaltensbefugnis genug klar ist, sodass sie von den betroffenen Parteien anerkannt ist, scheitert die Transaktion bzw. die vertragliche Zuordnung dieser Verhaltensbefugnis weiter noch, solange die dort vorliegenden Kosten der vertraglichen Rechtszuordnung höher als die Transaktionsrente sind. Beispielsweise ist vom F von Anfang an anerkannt, dass dem B der Schadensersatzanspruch gegenüber der Abgasemission zusteht. Dann können B und F verhandeln, mit wie hoher Vergütung B auf seinen Schadensersatzanspruch verzichten kann, dabei entstehen die Kosten der vertraglichen Zuordnung dieses Schadensersatzanspruches. Solange diese Kosten höher als die Transaktionsrente dieses Schadensersatzanspruches sind, wird F nicht die Abgasemission vornehmen und scheitert auch die Transaktion dieses Schadensersatzanspruches.³⁵⁶

³⁵⁶ Hierbei ist es beachtlich, dass der dem B zustehenden Schadensersatzanspruch als relatives Recht keineswegs mit der Abgasemissionserlaubnis gleichgestellt ist, denn diese Erlaubnis ist als das absolute Recht bezeichnet und durch die Rechtsordnung zugebilligt. Selbst wenn die Transaktion des dem B gegenüber dem F zustehenden Schadensersatzanspruches gelingt, erlangt F keineswegs die Abgasemissionserlaubnis, denn es ist nicht auszuschließen, dass dem anderen Bewohner C, der auch in diesem Wohngebiet wohnt und auch von Abgasemission vom F geschädigt sind, ebenfalls der Schadensersatz- und Abwehranspruch gegenüber dem F zusteht. Im Gegensatz dazu kann die Abgasemissionserlaubnis gegen jede Person, entweder B oder C oder F, wirken. Falls dem F die Abgasemissionserlaubnis durch die Rechtsordnung zugebilligt wird, können B natürlich diese Erlaubnis durch vertragliche Absprache mit F einkaufen, sodass F keine Abgasemission mehr vornehmen darf. Nehmen wir hier an, dass die Abgasemissionserlaubnis zunächst nach der Rechtsordnung am F zugeordnet und dann durch die Transaktion zwischen F und B vom B erlangt worden ist, und dass B nach der Transaktion offenkündig den Verzicht auf die Abgasemission erklärt und somit an dieser Willenskundung bindet. In diesem Fall ist C auch vom Verzicht des B auf die Abgasemission bereichert, weil dem C keine aus der Abgasemission entstandenen Belastungen mehr zufügen. Fraglich ist jedoch, ob dem C diese Bereicherung rechtlich vorbehalten ist. Nehmen wir hier dann weiter an, dass B gem. dem Bereicherungsrecht oder

c) Die Transaktionskosten im Lichte von rechtsökonomischer Erklärung

Stellt man fest, dass die Transaktionsrente des subjektiven Rechts die Grenze der vom Akteur hinzunehmenden Transaktionskosten darstellt und die Transaktionskosten in der realen Welt stets die Auflösung der Transaktionsrente bewirken, stellt man sofort die Frage, welche konkrete Transaktionskosten unter dem gegebenen Umstand vom Akteur tatsächlich hingenommen wird. Nimmt man die Transaktionskosten als die Kosten der Zuordnung des einzelnen subjektiven Rechts an, dann kann die oben genannte Frage derartig formuliert werden: welche Zuordnungsweise vom Akteur unter dem gegebenen Umstand tatsächlich gewählt wird. Da die aktuelle Rechtsordnung als Restriktionen des menschlichen Verhaltens bezeichnet wird und daher zum gegebenen Umstand gehört, und da die Zuordnungsweise in der realen Welt durch das menschliche Verhalten gekennzeichnet ist und die aktuelle Rechtsordnung als Ausgangspunkt der potenziellen Rechtszuordnungen gilt, ist die oben genannte Frage gleich wie die Frage, wie sich die aktuelle Rechtsordnung auf das menschliche Verhalten auswirkt, die gerade die Aufgabe der positiven Rechtsökonomik darstellt.

aa) Die rechtsökonomische Erklärung

Die Aufgabe der positiven Rechtsökonomik kann genauer so formuliert werden: man nimmt konkrete rechtliche Regelungen, die unmittelbar aus der aktuellen Rechtsordnung entnommen sind, als exogene Variablen an und lässt sämtliche anderen Faktoren unverändert bleiben. Diese rechtlichen Regelungen, die als die legislative Rechtszuordnung und als Ausgangspunkt der möglicherweise weiteren Rechtszuordnungen gelten, sind aus ökonomischer Sicht als die Restriktionen menschlichen Verhaltens angesehen; ändern sich diese Regelungen, wird das menschliche Verhalten auch geändert. Man pflegt dann das menschliche Verhalten durch die Zurückführung dieser rechtlichen Regelungen mithilfe des ökonomischen Gesetzes zu erklären. Wie allgemeine wissenschaftliche Erklärung, diese rechtsökonomische Erklärung besteht aus zwei Teilen: Auslegung und Vorhersage der menschlichen Handlungen, die durch die bestimmten rechtlichen Regelungen verursacht werden. Bei der Auslegung beschäftigt man sich mit der Bestimmung der relevanten rechtlichen Regelungen, die dem ökonomischen Gesetz zufolge als die Ursache der vorher beobachteten Handlung des Akteurs gelten; bei der Vorhersage beschäftigt man sich mit der Bestimmung der konkreten beobachtbaren Handlung des Akteurs, die anhand des ökonomischen Gesetzes als das Resultat der konkreten rechtlichen Regelungen gilt.

gem. dem Recht der GoA die vom C erlangte Bereicherung zurückfordern können (diese Annahme widerspricht natürlich der Realität), dann entsteht die sog. positive Externalität, wenn C den Anspruch des B auf die Rückgabe dieser Bereicherung nicht eingesteht und die von B zu tragenden Kosten der justiziellen Zuordnung dieses Anspruchs höher als diese Bereicherung sind.

Die Schwierigkeit der rechtsökonomischen Erklärung besteht darin, die konkreten Auswirkungen der bestimmten rechtlichen Regelungen auf das menschliche Verhalten zu bestimmen. In der realen Welt ändern sich ständig andere Faktoren, die das menschliche Verhalten beeinflussen können, z.B. die Technikentwicklung, der Klimawandel, die Politik, etc., bei der rechtsökonomischen Erklärung muss man zunächst den Einfluss anderer Faktoren auf das menschliche Verhalten ausklammern. Beispielsweise wird das Schutzniveau der Verbrauchersinteresse durch Gesetzesänderung erhöht, was natürlich auch die Kosten der Unternehmer erhöht, aber wegen der Technikentwicklung können die Unternehmer ihre angebotenen Produkte mit niedrigeren Kosten herstellen, dann aufseiten der Unternehmer hat die Technikentwicklung als der Einflussfaktor den Einfluss der Gesetzesänderung völlig ausgeglichen, und die Unternehmer herstellen ihre Produkte nach wie vor. In diesem Fall darf man nicht behaupten, dass das durch die Gesetzesänderung erhöhte Verbraucherschutzniveau keine Auswirkung auf das Verhalten der Unternehmer ausübt. Die richtige rechtsökonomische Erklärung ist, dass gegenüber den Unternehmern die Auswirkungen solcher Gesetzesänderung durch die Technikentwicklung ausgeglichen werden.³⁵⁷ Bei rechtsökonomischer Erklärung muss man die Auswirkungen von anderen Einflussfaktoren und anderen rechtlichen Regelungen berücksichtigen, um die Auswirkungen bestimmter rechtlichen Regelungen auf das menschliche Verhalten genauer und richtiger zu bestimmen, insbesondere wenn andere Faktoren und andere Regelungen inzwischen auch geändert sind.

bb) Das Paradigma der Transaktionskosten

Da die Transaktionskosten als die Kosten der Rechtszuordnungen bezeichnet werden und zur Auflösung der Transaktionsrente führen, dann kann man feststellen, dass der Akteur als rationaler Handelnde in der realen Welt stets den Anreiz hat, unter dem gegebenen Umstand die Maßnahme zur Reduzierung der Transaktionskosten zu ergreifen. Diese Maßnahme wird durch das bestimmte Verhalten des Akteurs gekennzeichnet und impliziert zugleich die vom Akteur vorgenommene bestimmte Zuordnungsweise des bestimmten subjektiven Rechts. Aus der Rationalitätsannahme ergibt sich unmittelbar, dass diese vom Akteur unter gegebenem Umstand getroffene Maßnahme, die zur Senkung der Kosten der Zuordnung des bestimmten zu handelnden subjektiven Rechts dient, gerade die die kleinsten Transaktionskosten erbringende Maßnahme darstellt. Stehen dem Akteur z.B. mehr als zwei Maßnahmen zu dieser Transaktionskostensenkung zur Verfügung, wird dieser Akteur immer diese Maßnahme wählen, mit der die Transaktionskosten am höchsten erspart werden können, sodass die Transaktionsrente am höchst erreicht wird. Dies ist das Paradigma der Transaktionskosten.³⁵⁸

³⁵⁷ Das ist die ökonomische Ursache, warum das Verbraucherschutzniveau in entwickelten Ländern in der Regel viel höher als das in Entwicklungsländern ist.

³⁵⁸ Cheung, Econ. Inq. 36 (1998), 514, 518.

Dieses Paradigma wurde zunächst von Cheung im Aufsatz der ökonomischen Analyse der Preiskontrolle aufgestellt.³⁵⁹ Die wirksame Preiskontrolle führt immer zum Keil zwischen den nachgefragten und angebotenen Mengen des Gutes, bei wirksamer Preisobergrenze entsteht dann der Nachfrageüberschuss am Gut und bei wirksamer Preisuntergrenze der Angebotsüberschuss. Ohne weitere von der Regierung getroffene Maßnahmen, wie die Steuerung und die Subvention, werden die potenziellen Käufer beim Nachfrageüberschuss miteinander um die Chancen der Transaktionen mit dem Anbieter konkurrieren, weil die vom Anbieter angebotenen Mengen des Gutes mangeln, und die potenziellen Anbieter werden beim Angebotsüberschuss miteinander um die Chancen der Transaktionen mit den Käufern konkurrieren, weil die von Anbietern angebotenen Mengen des Gutes bei wirksamer Preisuntergrenze zu viel sind. Daraus ergibt sich, dass bei der wirksamen Preiskontrolle die betroffenen Akteure miteinander um den Status als die andere Transaktionspartei konkurrieren.

Da bei der Preiskontrolle die andere Partei nicht direkt durch die Zahlungsbereitschaft des Gutpreises bestimmbar ist, ist zur Transaktion die bestimmte zusätzliche Konkurrenzregelung erforderlich.³⁶⁰ Diese Konkurrenzregelung dient dazu, einem bestimmten Akteur die exklusive Transaktionsbefugnis zuzuordnen, wodurch die andere Transaktionspartei bestimmbar ist. Ohne diese Konkurrenzregelung würden die betroffenen Akteure unbeschränkt um die Transaktionschancen konkurrieren, diese Konkurrenz stellt keine produktive Aktivität dar und ist daher die reine ökonomische Verschwendung, sie löst tatsächlich die von der anderen Partei zu erlangende Transaktionsrente auf und hindert die Transaktion.³⁶¹ Um die Transaktionsrente zu erreichen, muss diese Konkurrenzregelung von den betroffenen Akteuren gebildet werden, die Bildung und dann die Durchsetzung solcher Regelung sind leider nicht kostenlos und deren Kosten gehören auch zu den Transaktionskosten. Als rationale Handelnde haben die betroffenen Akteure den Anreiz, solche Konkurrenzregelung zu finden, die unter gegebenem Umstand die kleinsten Transaktionskosten herbeiführt, die von Cheung als das restriktive Minimum (constrained minimum) der Transaktionskosten genannt sind.³⁶²

Beispielsweise gilt bei der Öl-Preiskontrolle in der Regel das Windhundprinzip als diese Konkurrenzregelung: wer zuerst zur Tankstelle kommt, erhält auch das Öl; dann entsteht die Schlange an der Tankstelle, die aus ökonomischer Sicht keine produktive Aktivität darstellt und zur reinen ökonomischen Verschwendung führt. Aber ohne diese Verschwendung kann die Öl-Transaktion nicht vorgenommen werden, deshalb gehört diese Verschwendung als Folge der Konkurrenzregelung zu den von

³⁵⁹ Vgl. *ders.*, J. Law Econ. 17 (1974), 53, 61–67.

³⁶⁰ Bei wirksamer Preisobergrenze wird die Konsumentenrente nicht dem konkreten Käufer zugeordnet, und bei wirksamer Preisuntergrenze wird die Produzentenrente nicht dem konkreten Anbieter zugeordnet.

³⁶¹ Vgl. *Cheung*, *Cheung CoIA*, 65 f.

³⁶² *Ders.*, J. Law Econ. 17 (1974), 53, 61 f.

Konsumenten hinzunehmenden Transaktionskosten und führt zur Auflösung der Transaktionsrente. Solange diese Transaktionskosten nicht die von Konsumenten bei der Transaktion zu erlangende Rente übersteigt, werden sich die Konsumenten in diese Schlange einreihen. Neben dem Windhundprinzip gibt es natürlich andere Konkurrenzregelungen, z.B. die Verlosung, die Verteilungsregel nach dem Alter oder nach dem Reichtum, etc., ihre Geltung hängt aber zunächst davon ab, dass die betroffenen Akteure vorher miteinander in einer dieser Konkurrenzregelungen übereinstimmen müssen. Ohne Schwierigkeit kann man annehmen, dass zur Erreichung dieser Übereinstimmung die enormen Transaktionskosten erforderlich sind, die viel höher als die bei Geltung des Windhundprinzips entstandenen Transaktionskosten sind. Das Windhundprinzip bei Öl-Preiskontrolle verursacht zwar die ökonomische Verschwendung, aber vermeidet die aus anderen Regelungen entstandene größere Verschwendung, bewirkt daher das restriktive Minimum der Transaktionskosten und erhöht die vom Akteur erreichbare Transaktionsrente.

Über die Analyse der Preiskontrolle hinaus kann das Paradigma der Transaktionskosten für jede Arten der Rechtszuordnungen gelten: fehlt bei der Transaktion die Zuordnung eines bestimmten subjektiven Rechts, oder bringt die rechtliche Regelung über die Zuordnung des bestimmten subjektiven Rechts zu hohe Transaktionskosten, werden die betroffenen Akteure diese Rechtszuordnungsweise wählen, die unter dem gegebenen Umstand die kleinsten Transaktionskosten herbeiführt, solange die Kosten dieser Rechtszuordnungsweise nicht die Transaktionsrente übersteigen.

cc) Die Erkenntnisleistung des Transaktionskostenparadigmas

Im Bereich der positiven Rechtsökonomik kann man sich des Paradigmas der Transaktionskosten bei der Überprüfung der rechtsökonomischen Erklärung bedienen. Wenn durch die rechtsökonomische Erklärung nicht die eine Zuordnungsweise eines bestimmten subjektiven Rechts, die vom Akteur unter gegebenem Umstand in der Tat vorgenommen wird, sondern die andere Rechtszuordnungsweise als das restriktive Minimum der Transaktionskosten gewertet wird, kann man sicherlich beurteilen, dass diese rechtsökonomische Erklärung dem Paradigma der Transaktionskosten widerspricht und daher fehlerhaft ist, und dass irgendwelche andere Transaktionskosten bei dieser Erklärung nicht berücksichtigt werden.³⁶³

Das Paradigma der Transaktionskosten dient hier also als ein Kriterium für die Widerlegung der fehlerhaften rechtsökonomischen Erklärung. Dies ist schon in dieser Arbeit die Auseinandersetzung über die ökonomische Bedeutung der klaren anfänglichen Rechtszuordnung aufgewiesen: Die Verfechter der Effizienz des Fallrechtssystems überschätzen die effiziente justizielle Rechtszuordnung und unterschätzen die klare legislative Rechtszuordnung, sie vertreten deshalb diese Auffassung, weil sie die Kosten der effizienten justiziellen Rechtszuordnung ignorieren und nicht mit

³⁶³ Ders., Econ. Inq. 36 (1998), 514, 518.

den Kosten der klaren legislativen Rechtszuordnung vergleichen. In der rechtsökonomischen Literatur findet sich nicht selten diese Auffassung, die aktuellen Rechtsvorschriften als die legislative Rechtszuordnung erfüllten nicht das Effizienzkriterium, weil die aktuellen Rechtsvorschriften die hohen Transaktionskosten erbrächten und damit die Verwirklichung der Transaktionsrente verhinderten, es sei die Gesetzesreform notwendig. Diese Auffassung ist sowohl vom ex-ante als auch vom ex-post Standpunkt aus fehlerhaft: Die Schaffung der Rechtsvorschriften stellt die legislative Rechtszuordnung dar und bringt also die Transaktionskosten. Vom ex-ante Standpunkt aus waren die Kosten der Schaffung der aktuellen Rechtsvorschriften unter damaligem Umstand niedriger als die Kosten der Schaffung der effizienten Rechtsvorschriften, sonst wären von Anfang an die effizienten Rechtsvorschriften erlassen worden. Vom ex-post Standpunkt aus sind die Kosten der Gesetzesreform, durch die die effizienten Rechtsvorschriften erlassen werden, unter gegenwärtigem Umstand viel höher als die Rente aus den effizienten Rechtsvorschriften, sonst würde die Gesetzesreform bereits stattfinden.

Wie erwähnt, die aktuelle Rechtsordnung bestimmt also den Zustand der legislativen Rechtszuordnung und dient daher als Ausgangspunkt der weiteren möglichen Rechtszuordnungen. Falls durch die aktuelle rechtliche Regelung das zu handelnde subjektive Recht nicht klar oder optimal zugeordnet wird, entsteht der Bedarf an der weitergehenden legislativen oder justiziellen oder vertraglichen Rechtszuordnung. Entsprechend dem Paradigma der Transaktionskosten werden die betroffenen Akteure die solche Rechtszuordnungsweise wählen, die das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt. Wenn man die Kenntnisse über die sich aus der Rechtsordnung ergebenden Regelungen und den dem Akteur gegenüberstehenden Umstand genau beherrscht, kann man auch mithilfe des Paradigmas der Transaktionskosten erklären, warum dieser Akteur unter vergangenem Umstand diese Rechtszuordnungsweise wählt (die Auslegung), welche Rechtszuordnungsweise von diesem Akteur unter gegenwärtigem Umstand gewählt wird (die Vorhersage).

Nehmen wir ein viel vereinfachtes Beispiel an: ein Hobby-Imker und ein Obstlandwirt sind Nachbarn, der Bienenflug stellt für den Obstlandwirt den ökonomischen Vorteil dar, weil die Obstbäume von Bienen bestäubt werden; gleichzeitig kann der Imker auch Honig erhalten. Dies stellt also die sog. gegenseitigen positiven Externalitäten dar, und zugunsten der jeweiligen Eigeninteressen werden Imker und Obstlandwirt vertraglich vereinbaren, dass der Bienenflug im Obstgarten erlaubt wird, selbst wenn die entsprechende rechtliche Regelung fehlt.³⁶⁴ Um die Obsternte zu erhöhen, wird der Obstlandwirt allerdings an den Obstbäumen das Pflanzenschutzmittel anwenden, das zum Bienenvolksterben führt und daher als bienengefährlich i.S.d. § 1 BienSchV bezeichnet wird. Der Hobby-Imker kann sich in diesem Fall an die zuständige Behörde wenden, die dann gegenüber dem Obstlandwirt die Anordnung

³⁶⁴ Diese vertragliche Vereinbarung ist üblich im Bundesstaat Washington in den USA, selbst wenn Imker und Obstlandwirt nicht Nachbarn sind. Vgl. *ders.*, J. Law Econ. 16 (1973), 11, 13–22.

zur Unterlassung der Anwendung des bienengefährlichen Pflanzenschutzmittels stellt, oder er kann durch zivilrechtliche Klage gegenüber dem Obstlandwirt den Abwehranspruch durchsetzen und den Schadensersatz erlangen. Dazu muss aber die Bienengefährlichkeit dieses Pflanzenschutzmittels bewiesen werden, woraus die Kosten zur Durchsetzung des subjektiven Rechts des Imkers entstehen. Diese Kosten sind in der Praxis nicht klein und betragen hier z.B. 300 €. Stattdessen können der Imker und der Obstlandwirt vertraglich vereinbaren, dass der Obstlandwirt vorher dem Imker mitteilen wird, wann er das bienengefährliche Pflanzenschutzmittel anwendet, und dass der Imker im Zeitraum der Anwendung des Pflanzenschutzmittels den Bienenstock an einem anderen Ort liegen wird, wo es keine Auswirkungen des Pflanzenschutzmittels gibt; hier ist also angenommen, dass die Verhandlungskosten zwischen Imker und Obstlandwirt 100 € und die Transportkosten des Bienenstocks 50 € betragen. Es ist dann vorstellbar, dass der Imker und der Obstlandwirt in dem Fall, in dem der Obstlandwirt das bienengefährliche Pflanzenschutzmittel an Obstbäumen anwenden wird, die oben genannte vertragliche Regelung wählen werden, selbst wenn die Transportkosten des Bienenstocks dem Imker angelastet werden, und die rechtliche Regelung, nach der dem Imker der Abwehr- und Schadensersatzanspruch zustehen soll, lässt sich in diesem Fall nicht realistisch gelten.

Daraus ergibt sich auch, dass die rechtliche Regelung, deren Geltung zu hohen Transaktionskosten führt, nicht von den betroffenen Akteuren realistisch geltend gemacht wird, wie im oben Beispiel der Abwehr- und Schadensersatzanspruch des Hobby-Imkers. Stattdessen ist in der realen Welt die andere Regelung tatsächlich geltend gemacht, die die niedrigeren Transaktionskosten herbeiführen, wie im oben Beispiel die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Hobby-Imker und dem Obstlandwirt. Diese tatsächlich gültige Regelung, die entweder aus der Rechtsordnung oder aus der Rechtsprechung oder aus der vertraglichen Absprache zwischen den betroffenen Akteuren entnommen ist, stellt immer unter gegebenem Umstand das restriktive Minimum der Transaktionskosten dar. Außerdem ist es beachtlich, dass die betroffenen Akteure gar keine irgendwelche Rechtszuordnung vornehmen, wenn die Kosten jeglichen unter gegebenem Umstand verfügbaren Zuordnungsweisen höher als die Transaktionsrente sind.

Zum Schluss kann man die Erkenntnisleistung des Paradigmas der Transaktionskosten zusammenfassen: Dieses Paradigma dient zur Prüfung der rechtsökonomischen Erklärung. Wenn laut einer rechtsökonomischen Erklärung die vom Akteur tatsächlich vorgenommene Rechtszuordnungsweise nicht das restriktive Minimum der Transaktionskosten unter gegebenem Umstand darstellt, ist diese Erklärung nach dem Paradigma der Transaktionskosten für fehlerhaft gehalten. Impliziert die rechtliche Regelung nicht diese Rechtszuordnungsweise, die von den betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand verfügbar ist und zugleich das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt, lässt sich diese rechtliche Regelung unter gegebenem Umstand nicht realistisch gelten.

IV. Die Effizienzproblematik in Rechtsökonomik

Bei der Debatte über die Anwendung der ökonomischen Ansätze auf die Rechtswissenschaft schenken sowohl die Anhänger als auch die Kritiker der Rechtsökonomik zu viel Aufmerksamkeit auf die Effizienzproblematik, sie beschäftigen sich vor allem mit solchen Fragen, ob die Effizienz als Ziel der Gesetzgebung oder der Rechtspolitik oder der Rechtsanwendung gelten kann, wie die effizienten rechtlichen Regelungen sind, lassen aber die grundlegende Frage, ob die Effizienz als normatives Prinzip im Bereich der Rechtswissenschaft durchsetzbar ist, außer Acht. Es sind hier also zwei Effizienzkriterien in Betracht gezogen, nämlich das Pareto-Effizienzkriterium und das Kaldor-Hicks-Kriterium.

1. Das Pareto-Effizienzkriterium

Nachdem es von Arrow mathematisch bewiesen wurde, dass es keine soziale Wohlfahrtsfunktion gibt, die völlig mit den individuellen ordinären Präferenzordnungen der sämtlichen Akteure in einer geschlossenen Gesellschaft vereinbar ist,³⁶⁵ verzichtet man auf den Versuch, durch die soziale Wohlfahrtsfunktion unmittelbar die maximierte soziale Wohlfahrt unter gegebenem Umstand zu bestimmen. Stattdessen beruft sich man auf das Pareto-Effizienzkriterium, nach dem zu beurteilen ist, ob der eine Ressourcenallokationszustand bevorzugter bzw. effizienter als der andere ist.

a) Der Begriff der Pareto-Effizienz

Von der Pareto-Effizienz spricht man, wenn bei einem sozialen Zustand niemand besser gestellt werden kann, ohne irgendeine anderen Personen zu benachteiligen. Wenn es die Maßnahme gibt, durch die zumindest ein Akteur besser gestellt wird und keine anderen Akteure schlechter gestellt werden, dann bezeichnet man diese Maßnahme als die Pareto-Verbesserung. Die Pareto-Effizienz liegt vor, nur wenn in der Gesellschaft bei einem Ressourcenallokationszustand keine Pareto-Verbesserung möglich sind,³⁶⁶ dort liegt also die Pareto-Grenze vor. Beim Konkurrenzmarkt stellt sich jede freiwillige Transaktion als die Pareto-Verbesserung dar.³⁶⁷

Es wird in manchen rechtsökonomischen Literaturen das Pareto-Effizienzkriterium als das Einstimmungsprinzip bezeichnet, nach dem jeden betroffenen Akteuren ein Vetorecht gegenüber jeder Maßnahme eingeräumt wird.³⁶⁸ Diese Auffassung ist allerdings nicht berechtigt. Würde dem Akteur das Vetorecht z.B. gegenüber jeder freiwilligen Transaktion eingeräumt, fände diese Transaktion statt, nur wenn zumindest ein Teil der Transaktionsrente an dem das Vetorecht zustehenden Akteur verteilt

³⁶⁵ Das ist das berühmte Arrows Unmöglichkeitstheorem. Vgl. *Arrow*, Arrow 1963, S. 51–59; *Sen*, Sen 1995, S. 41–46.

³⁶⁶ *Varian*, Mikroökonomik, 16 f.

³⁶⁷ *Ders.*, Mikroökonomik, 343 f.

³⁶⁸ *Towfigh*, ÖMiR 2010, 2010, S. 23, 32; *Mathis*, EsG 2009, S. 48; *Watzenberg*, Watzenberg 2014, S. 32; *Eidenmüller*, EaR 2015, S. 49.

würde, sonst würde dieser Akteur als rationaler Handelnde strategisch den Transaktionsparteien androhen, sein Vetorecht auszubeuten. Auf dieser Grundlage stellt sich die Einräumung des Vetorechts selbst als die Unternehmung dar, durch die der Vetorechtsträger besser gestellt wird und die freiwilligen Transaktionsparteien benachteiligt werden, dies widerspricht gänzlich der Idee der Pareto-Effizienz, deswegen darf das Pareto-Effizienzkriterium nicht als das Einstimmungsprinzip angesehen werden.

b) Die Pareto-Effizienz bei positiven Transaktionskosten

Bei Null-Transaktionskosten ist die Pareto-Effizienz angesichts der populären Version des Coase-Theorems immer erreicht.³⁶⁹ Es stellt sich die Frage, ob der Ressourcenallokationszustand in der realen Welt, wo die Transaktionskosten positiv sind, auch die Pareto-Effizienz erfüllt. Diese Frage kann anders formuliert werden, ob es in der realen Welt die Zustände der Pareto-Ineffizienz gibt, sodass die Maßnahmen als die Pareto-Verbesserung zur Pareto-Effizienz erforderlich sind. Angesichts der klassischen Ökonomik stelle der vollständige Konkurrenzmarkt als die Pareto-Effizienz dar, hingegen stellten die Externalitäten und die Monopole die Pareto-Ineffizienz dar.

Allerdings ist die Bildung des vollständigen Konkurrenzmarkts nicht kostenlos, sie können zu sehr hohen Transaktionskosten führen, und neben dem Marktgeschäft gibt es die Verwaltungsbefehle aus irgendwelcher Organisation, die gleichfalls zur Ressourcenallokation dienen können. Laut Coase kommt es dann darauf an, ob durch die Verwaltungsbefehle oder durch das Marktgeschäft die Ressourcenallokation in der realen Welt mit niedrigeren Transaktionskosten vorgenommen werden kann.³⁷⁰ Die Internalisierung gilt als die Maßnahme gegen die Externalität, sie ist als die legislative Rechtszuordnungsweise bezeichnet und bringt mit sich die Transaktionskosten. Vor diesem Hintergrund kann sich die Internalisierung als die Pareto-Verbesserung darstellen, nur wenn der Gewinn aus der Internalisierung höher als die daraus entstandenen Transaktionskosten ist.³⁷¹ Aus der Rationalitätsannahme ist entnommen, dass die betroffenen Akteure deshalb die Externalitäten in der realen Welt hinnehmen, weil die durch die Internalisierungsmaßnahmen herbeizuführenden Transaktionskosten höher als der Gewinn aus solchen Internalisierungsmaßnahmen sind, im Zusammenhang damit stellt hier die Hinnahme der Externalitäten gerade

³⁶⁹ Coase, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 16.

³⁷⁰ Ders., *Economica* 4 (1937), 386 ff.

³⁷¹ Dieser Gedanke liegt schon im von Coase im Jahr 1960 veröffentlichten Aufsatz vor, „The problem which we face in dealing with actions which have harmful effects is not simply one of restraining those responsible for them. What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produced the harm.“ *ders.*, J. Law Econ. 3 (1960), 1, 27.

die Pareto-Effizienz dar,³⁷² weil durch sie die zu hohen Transaktionskosten der Internalisierung vermieden sind.

Beim Monopol kann die Pareto-Effizienz durch die Preisdiskriminierung erreicht werden, anhand der der Monopolist und die bestimmten Konsumenten beide durch die Transaktionen besser gestellt werden können, deshalb sollte der Monopolist als rationaler Handelnde eifrig die Preisdiskriminierung vornehmen. Allerdings hängt die Durchführung der Preisdiskriminierung davon ab, dass die ausführlichen Informationen über die Präferenzen der potenziellen Konsumenten vom Monopolist erlangt werden, dazu sind die hohen Informationskosten als die Transaktionskosten erforderlich.³⁷³ Der Monopolist nimmt unter dem gegebenen Umstand deshalb die Preisdiskriminierung nicht vor, weil der zusätzliche Gewinn aus der Preisdiskriminierung nicht die dabei entstandenen Transaktionskosten abdecken kann, auf dieser Grundlage stellt das Monopol ohne jegliche Preisdiskriminierung unter dem gegebenem Umstand schon die Pareto-Effizienz dar.³⁷⁴

Es ist dann erkennbar, dass die Transaktionskosten in der realen Welt die Pareto-Grenze dieser Welt bestimmt und daher der tatsächliche Ressourcenallokationszustand in jeder Gesellschaft mit Rücksicht auf die Transaktionskosten stets die Pareto-Effizienz darstellt.³⁷⁵ Wenn sämtliche Transaktionskosten der jeglichen potenziellen Pareto-Verbesserungen in Betracht gezogen sind, darf man nicht den tatsächlichen Ressourcenallokationszustand in der realen Welt für ineffizient halten.³⁷⁶ Solange man die Rationalitätsannahme annimmt, stellt sich die Pareto-Ineffizienz als die logische Unmöglichkeit dar,³⁷⁷ denn die Pareto-Ineffizienz weist die Möglichkeit der Pareto-Verbesserung auf, durch die die betroffenen Akteure besser gestellt werden, ohne die anderen Akteure zu benachteiligen, d.h. die Pareto-Ineffizienz verweist auf die Möglichkeit zur Erlangung des zusätzlichen Gewinns, den die betroffenen Akteure unter gegebenem Umstand erlangen können und in der Tat nicht erlangen. Dies widerspricht der Rationalitätsannahme.³⁷⁸

Die Nichtexistenz der Pareto-Ineffizienz bedeutet nicht, dass man keinen Fortschritt für die reale Welt machen kann. Sie besagt nur, dass unter gegebenem Umstand der aktuelle Ressourcenallokationszustand der Pareto-Effizienz entspricht. Wenn sich

³⁷² Coase hat auch diese Idee zum Ausdruck gebracht: „externalities' should be allowed to continue if the value of production is to be maximized ... The ubiquitous nature of 'externalities' suggests to me that there is a prima facie case against intervention“. *ders.*, FML, S. 27.

³⁷³ *Staten/Umbeck*, J. Econ. Educ. 20 (1989), 57, 62 f.

³⁷⁴ *Dies.*, J. Econ. Educ. 20 (1989), 57, 64.

³⁷⁵ Calabresi bringt zum Ausdruck: „Transaction costs ... define what is currently achievable in any society – the Pareto frontier. It follows that any given society is always or will immediately arrive at a Pareto optimal point given transaction costs.“ *Calabresi*, Yale L. J. 100 (1991), 1211, 1212.

³⁷⁶ *Cheung*, Econ. Inq. 36 (1998), 514, 518.

³⁷⁷ *Staten/Umbeck*, J. Econ. Educ. 20 (1989), 57, 61.

³⁷⁸ *Dies.*, J. Econ. Educ. 20 (1989), 57, 62.

der Umstand ändert, z.B. wenn sich die Technik entwickelt oder die menschliche Kenntnis fortschreitet, entsteht zur Pareto-Verbesserung unter dem geänderten Umstand auch die neue Möglichkeit, die nur sehr kleine Transaktionskosten erbringt, dann ist der vorherige Ressourcenallokationszustand unter dem geänderten Umstand möglicherweise für Pareto-ineffizient gehalten.³⁷⁹ Aus diesem Grund ist von Zerbe behauptet: „inefficiency arises only from change; a static society is always efficient.“³⁸⁰ Aber in diesem Fall kann man dann auch mithilfe der positiven Ökonomik oder Rechtsökonomik vorhersagen, welche Maßnahmen die betroffenen Akteure unter dem geänderten Umstand zugunsten ihrer eigenen Interessen treffen werden.

c) Das Pareto-Effizienzprinzip als methodologisches Prinzip

Das Pareto-Effizienzkriterium kann nicht als normatives Prinzip betrachtet werden, soweit es auf die Analyse menschlicher Handlungen oder auf die Analyse der Rechtsregelungen angewendet wird, weil angesichts der positiven Ökonomik jede tatsächliche Handlung unter gegebenem Umstand und die Rechtsregelungen aus der aktuellen Rechtsordnung unter Berücksichtigung der sämtlichen damit verbundenen Transaktionskosten stets für Pareto-effizient gehalten werden.³⁸¹ Außerdem kann das Pareto-Effizienzkriterium nicht als empirisches Prinzip betrachtet werden, weil in der realen Welt keine reale Ressourcenallokation beobachtet werden kann, die aus Sicht der positiven Ökonomik als ineffizient angesehen wird, so verliert die Möglichkeit, das Pareto-Effizienzprinzip durch empirische Beobachtungen zu falsifizieren.³⁸²

Aber angesichts der positiven Ökonomik kann das Pareto-Effizienzkriterium als methodologisches Prinzip dienen, nach dem zu beurteilen ist, ob die ökonomische oder rechtsökonomische Erklärung fehlerhaft ist. Wenn anhand der ökonomischen Erklärung das menschliche Verhalten unter gegebenem Umstand als ineffizient angesehen wird, kann man annehmen, dass bei dieser Erklärung einige Einflussfaktoren nicht in das ökonomische Modell eingesetzt sind und daher einige Kosten außer Acht gelassen sind, deshalb ist diese ökonomische Erklärung fehlerhaft. Wenn nach der bestimmten rechtsökonomischen Erklärung die bestimmte Rechtsregelung die Maßnahmen der Pareto-Verbesserung hindert und daher für ineffizient gehalten wird, dann kann auch annehmen, dass bei dieser rechtsökonomischen Erklärung die hohen Kosten der effizienten legislativen oder justiziellen Rechtszuordnung nicht berücksichtigt werden, und angesichts des Paradigmas der Transaktionskosten ist diese rechtsökonomische Erklärung fehlerhaft.

Als Beispiel dienen die Informationspflichten der Unternehmer gegenüber den Verbrauchern. Sie basiert auf dem Gedanken, dass die Verbraucher die angemessene

³⁷⁹ Vgl. Calabresi, Yale L. J. 100 (1991), 1211, 1231–1234.

³⁸⁰ Zerbe, Zerbe 2001, S. 66.

³⁸¹ Cheung, Werin 1992, 1992, S. 48, 56 f.

³⁸² Vgl. Staten/Umbeck, J. Econ. Educ. 20 (1989), 57, 66–69.

Entscheidung treffen können, wenn sie vorher die genügenden, notwendigen Informationen über die von Unternehmern angebotenen Güter und Dienstleistungen in Kenntnis genommen haben. Allerdings haben Ben-Shahar und Schneider durch die hinreichende empirische und theoretische Untersuchung diesen Gedanken widerlegt.³⁸³ Der Gesetzgeber habe stets den ökonomischen Anreiz, durch detailliertere Gesetzgebung über die Informationspflichten das Problem der Informationsasymmetrie zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu lösen, dies führe dazu, dass die den Verbrauchern zur Verfügung gestellten Informationen zu viel und zu kompliziert seien, folglich seien die normalen Verbraucher nicht in der Lage, diese Informationen zu lesen und zu verstehen.³⁸⁴ Außerdem könnten die Unternehmer wegen der Vagheit der relevanten Rechtsvorschriften in der Regel nicht genau den Umfang seiner Informationspflichten wissen, deshalb böten sie übermäßige Informationen an; sie seien auch sehr wahrscheinlich nicht in der Lage, die von den relevanten Rechtsvorschriften gebotenen Informationen zu sammeln und den Verbrauchern nachvollziehbar zu erklären.³⁸⁵ Aufseiten der Verbraucher richteten sich ihre Entscheidungen sehr selten nach den von Unternehmern angebotenen Informationen, weil von ihrer Aspekte aus die nützlichen Informationen sehr schwierig zu finden und zu verstehen seien.³⁸⁶

Wenn vorher der ideale Zustand als die Vergleichsbasis unterstellt wird, bei dem die Unternehmer den Verbrauchern die notwendigen und nachvollziehbaren Informationen über ihre Güter und Dienstleistungen stets zur Verfügung stellen und die Verbraucher stets gem. solchen Informationen die optimale Entscheidung treffen, ist durch die Analyse von Ben-Shahar und Schneider triftig nachgewiesen, dass die Rechtsvorschriften über die Informationspflichten an der Verwirklichung dieses idealen Zustands scheitern und daher ineffizient ist. Dieser Vergleich zwischen dem realen und idealen Zustand der Ressourcenallokation ist von Demsetz als der Nirvana-Ansatz (the nirvana approach) genannt, und gem. diesem Ansatz stellt der reale Zustand, der vom idealen Zustand abweicht, immer die Ineffizienz dar.³⁸⁷ Da die von Ben-Shahar und Schneider als Beispiele angeführte Märkte von Güter und Dienstleistungen sicherlich zum Konkurrenzmarkt gehören,³⁸⁸ haben die Unternehmer den Anreiz, an solchen Märkten die Güter und Dienstleistungen mit besseren Qualitäten anzubieten, zu denen auch die notwendigen und nachvollziehbaren Informationen

³⁸³ *Ben-shahar/Schneider*, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), 647 ff. Ihre Analyse basiert auf der Praxis der Informationspflichten in den USA. Wenn man die zivilrechtlichen Rechtsvorschriften über die Informationspflichten der Unternehmer gegenüber den Verbrauchern (z.B. Art. 238–248 EGBGB) und die langseitigen AGB bei vielen Dienstleistungen in Deutschland sieht, kann ihre Analyse sehr wahrscheinlich für Deutschland gelten.

³⁸⁴ *Dies.*, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), 647, 679 ff.

³⁸⁵ *Dies.*, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), 647, 691 ff.

³⁸⁶ *Dies.*, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), 647, 704 ff.

³⁸⁷ *Demsetz*, J. Law Econ. 12 (1969), 1.

³⁸⁸ Zu den angeführten Beispielen gehören die Märkte von Verbraucherdarlehen, ärztlichen Dienstleistungen, Krankenversicherungen, etc., wo es in der Regel viele Anbieter gibt. Vgl. *Ben-shahar/Schneider*, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), 647, 653 ff.

gehören. Wenn die Unternehmer den Verbrauchern die notwendigen und nachvollziehbaren Informationen über Güter und Dienstleistungen anbieten könnten und daher als rationale Handelnde anbieten würden, könnten die beiden Parteien davon profitieren, folglich wären die Gesetzgebung über die Informationspflichten überflüssig.

Fraglich ist jedoch, ob oder mit wie vielen Kosten dieser ideale Zustand unter gegebenem Umstand erreichbar ist. Dazu muss man die Kosten der realistischen Maßnahmen mit den Kosten solcher idealen Maßnahmen, die zur Verwirklichung des idealen Zustandes dienen, vergleichen.³⁸⁹ Wenn dieser ideale Zustand kostenlos oder nur mit niedrigen Transaktionskosten erreichbar wäre, würde der Gesetzgeber keine Rechtsvorschriften über die Informationspflichten in Kraft setzen, wobei viele Ressourcen bei der Gesetzgebung auch erspart werden könnten. Vom realistischen Standpunkt aus dient die Gesetzgebung über die Informationspflichten zum Klarmachen der Rechts- und Pflichtengrenze zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ohne sie könnten die entsprechenden Märkte entweder nicht existieren oder sich erheblich beschränken. Die detaillierte Gesetzgebung über die Informationspflichten bewirkt sicherlich die Transaktionskosten, aber im Vergleich mit anderen unrealisierbaren Maßnahmen gilt sie als die die kleinsten Transaktionskosten erbringende Maßnahme und ist daher für Pareto-effizient gehalten.³⁹⁰ Vor diesem Hintergrund werden die Unternehmer deshalb die überschüssigen Informationen anbieten, weil das Anbieten der notwendigen und nachvollziehbaren Informationen zu hohen Transaktionskosten führt, die höher als der Gewinn daraus sind;³⁹¹ die Verbraucher orientieren sich bei ihren Entscheidungen deshalb sehr selten an den von den Unternehmer angebotenen Informationen, weil das Verstehen der sämtlichen Informationen und das Herausfinden der nützlichen Informationen so kostenaufwendig sind, dass deren Kosten höher als die von ihnen bei den Transaktionen erhaltene Rente sind.³⁹² In diesem Zusammenhang erfüllt das Verhalten sowohl von Unternehmern als auch von Verbrauchern das Pareto-Effizienzkriterium.

Wenn man auf diesen Nirvana-Ansatz verzichtet und die notwendigen Restriktionen des menschlichen Verhaltens unter gegebenem Umstand in Betracht zieht, kann jedes vom Akteur tatsächlich vorgenommene Verhalten für Pareto-effizient gehalten werden. Aus diesem Grund nennt Demsetz die Erscheinung der sog. Ineffizienz als

³⁸⁹ Demsetz, J. Law Econ. 12 (1969), 1, 19 f.

³⁹⁰ Barzel sagt zutreffend: „When the cost of transacting is positive, some ‘waste’ is inevitable since it is too costly to equate marginal costs and marginal valuations along all margins. It is conceivable that as a result of the restriction imposed by government, waste is lower than it would have been had government not intervened. The effect of the restriction, then, cannot be construed as true waste on a priori grounds alone.“ Barzel, JITE 141 (1985), 4, 14.

³⁹¹ Vgl. ders., J. Law Econ. 20 (1977), 291, 293 f.

³⁹² Vgl. Demsetz, Rev. Law Econ. 7 (2011), 1, 9 f.

die Illusion,³⁹³ und Barzel betont auch, „Individuals‘ maximizing behavior leads automatically to Pareto optimum.“³⁹⁴ Auf dieser Grundlage dient das Pareto-Effizienzkriterium als methodologisches Prinzip: Wenn nach der ökonomischen Erklärung das menschliche Verhalten oder nach der rechtsökonomischen Erklärung die Rechtsregelung für Pareto-ineffizient gehalten wird, kann man dann feststellen, dass diese ökonomische und diese rechtsökonomische Erklärung fehlerhaft sind.

2. Das Kaldor-Hicks-Kriterium

Durch das oben Ausgeführte ist es ersichtlich, dass das Pareto-Effizienzkriterium nicht als normatives Prinzip angesehen werden und daher nicht als Kriterium des in der Rechtswissenschaft stets eingetretenen Werturteils dienen kann. Als Ersatz beruft man sich im Bereich der normativen Rechtsökonomik in der Regel auf das Kaldor-Hicks-Effizienzkriterium, das als die Modifikation des Pareto-Effizienzkriteriums angesehen ist.

a) Der Begriff der Kaldor-Hicks-Kriterium

Nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium liegt die Kaldor-Hicks-Verbesserung der Ressourcenallokation vor, wenn nach der bestimmten Ressourcenallokation der Gewinn des Begünstigten höher als der Verlust des Benachteiligten ist, sodass der Begünstigte den Verlust des Benachteiligten völlig kompensieren kann. Im Unterschied zum Pareto-Effizienzkriterium gibt es bei der Kaldor-Hicks-Verbesserung stets den Begünstigten und den Benachteiligten der Ressourcenallokation, außerdem orientiert sich das Kaldor-Hicks-Kriterium nicht an der tatsächlichen Kompensation, sondern an der hypothetischen Kompensation bzw. an der Fähigkeit der völligen Kompensation des Begünstigten.³⁹⁵

Es stellt sich dann die Frage, wie der Gewinn des Begünstigten und der Verlust des Benachteiligten gemessen und dann miteinander verglichen werden (das Messproblem).³⁹⁶ Da in der modernen Ökonomik der kardinale Nutzen bereits aufgegeben ist, darf man das Messproblem nicht durch den interpersonalen Grenznutzenvergleich lösen. Stattdessen löst Posner das Messproblem mithilfe der Analyse des hypothetischen Markts:³⁹⁷ Am solchem Markt, wo die Null-Transaktionskosten unterstellt wird, werden der Begünstigte und der Benachteiligte die Ressourcenallokation durch die freiwillige Transaktion vornehmen. Diese freiwillige Transaktion erfolgt nur, wenn der Begünstigte den Verlust des Benachteiligten vom Begünstigten völlig kompensieren will. Diese freiwillige Transaktion erzeugt dann die Transaktionsrente, die am hypothetischen Markt durch die Geldeinheiten gemessen wird, deshalb führt

³⁹³ Ders., Rev. Law Econ. 7 (2011), 1, 8.

³⁹⁴ Barzel, JITE 141 (1985), 4, 15.

³⁹⁵ Towfigh, ÖMiR 2010, 2010, S. 23, 33 f.; Mathis, EsG 2009, 56 f.

³⁹⁶ Vgl. Mathis, EsG 2009, 62 f.

³⁹⁷ Vgl. Posner, Posner 1981, S. 61–65.

diese freiwillige Transaktion zur Reichtumserhöhung.³⁹⁸ Daraus ergibt sich, dass die zur Reichtumserhöhung geführte Ressourcenallokation gerade diese Ressourcenallokation darstellt, bei der der Begünstigte den Verlust des Benachteiligten völlig kompensieren will und kann, deshalb liegt eine Kaldor-Hicks-Verbesserung vor, wenn durch die bestimmte Ressourcenallokation die Reichtumserhöhung verwirklicht wird.³⁹⁹ In diesem Zusammenhang ist von Posner das Kaldor-Hicks-Kriterium als das Kriterium der Reichtumsmaximierung umformuliert, durch das das Messproblem beim Kaldor-Hicks-Kriterium leicht gelöst wird.⁴⁰⁰

b) Einwände gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium

Gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium oder gegen das Kriterium der Reichtumsmaximierung ist schon eingewendet, dass mit diesem Kriterium das Verteilungsproblem nicht berücksichtigt wird, oder dass der Reichtum nicht als Wert oder als einziger Wert in der Gesellschaft angesehen werden kann.⁴⁰¹ Meiner Meinung nach soll das Kaldor-Hicks-Kriterium als normatives Prinzip unbedingt bestimmte moralische Werturteile implizieren; um dieses Kriterium abzuweisen, darf man sich aber nicht auf andere moralische Werturteile berufen, die den sich aus dem Kaldor-Hicks-Kriterium ergebenden moralischen Werturteilen entgegengesetzt sind. Deshalb beziehen sich die folgenden Einwände gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium nur auf seinen logischen Widerspruch und seine fehlende Durchsetzbarkeit.

aa) Der logische Widerspruch

Das Kaldor-Hicks-Kriterium unterliegt dem Scitovsky-Paradox: Der eine Ressourcenallokationszustand ist im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums vor dem anderen bevorzugt, allerdings kann der andere Ressourcenallokationszustand gleichzeitig im gleichen Sinne vor dem einen bevorzugt sein,⁴⁰² d.h. laut dem Scitovsky-Paradox ist das Kaldor-Hicks-Kriterium nicht transitiv. Im Folgenden wird durch ein einfaches Beispiel das Scitovsky-Paradox veranschaulicht.

Nehmen wir zwei Akteure A und B an, an denen unterschiedliche Güterbündel (x, y) in unterschiedlichen Ressourcenzuständen jeweils verteilt werden, die ausführlichen Daten finden sich im folgenden Tablett.⁴⁰³

³⁹⁸ Vgl. *ders.*, Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y 2 (1985), 85, 87–89.

³⁹⁹ Vgl. *ders.*, Posner 1981, S. 90–95.

⁴⁰⁰ *Ders.*, Posner 1981, S. 79.

⁴⁰¹ *Dworkin*, J. Legal Stud. 9 (1980), 191, 195f. Dagegen betont Posner den instrumentalen Charakter der Reichtumsmaximierung und ihre Vereinbarkeit mit anderen ethischen Prinzipien. Vgl. *Posner*, J. Legal Stud. 9 (1980), 243, 244 f.; *Posner*, Posner 1981, S. 67–76.

⁴⁰² *Scitovszky*, Rev. of Econ. Stud. 9 (1941), 77, 88.

⁴⁰³ Das Beispiel kommt ursprünglich aus dem Aufsatz *Colemans*, *Coleman*, Hofstra L. Rev. 8 (1980), 509, 519. Allerdings meint Coleman, die Reichtumsmaximierung unterliege nicht dem Scitovksy-Paradox. *ders.*, Hofstra L. Rev. 8 (1980), 509, 525. Ich habe das ursprüngliche Beispiel ein bisschen geändert, sodass die Reichtumsmaximierung ebenfalls dem Scitovksy-Paradox unterliegt.

(x, y)	Der Ressourcenallokationszustand			
	I	II	III	IV
A	(2, 0)	(1, 0)	(1, 0)	(1, 1)
B	(0, 1)	(0, 2)	(1, 1)	(0, 1)

Nehmen wir danach an, dass entweder für A oder für B das Güterbündel (1, 1) bevorzugt vor den Güterbündeln (0, 2) und (2, 0) ist. Daraus ergibt sich, dass der Zustand IV [A(1, 1), B(0, 1)] bevorzugt vor dem Zustand I [A(2, 0), B(0, 1)] ist (kürzlich: $IV > I$) und der Zustand III [A(1, 0), B(1, 1)] bevorzugt vor dem Zustand II [A(1, 0), B(0, 2)] ist (kürzlich: $III > II$).

Nehmen wir weiter an: wenn A und B jeweils eine Einheit x haben, will A vom B noch eine zusätzliche Einheit x zum Marktpreis kaufen und B auch auf seine Einheit x verzichten. Daraus ergibt sich, dass der Zustand I [A(2, 0), B(0, 1)] im Sinne vom Kaldor-Hicks-Kriterium bevorzugt vor dem Zustand III [A(1, 0), B(1, 1)] ist (kürzlich: $I > III$). Da der Zustand $III > II$ ist, entnimmt man daraus dann, dass der Zustand $I > III > II$ ist.

Nehmen wir am Ende an: wenn A und B jeweils eine Einheit y haben, will B vom A noch eine zusätzliche Einheit zum Marktpreis kaufen und B auch auf seine Einheit y verzichten. Daraus ergibt sich, dass der Zustand II [A(1, 0), B(0, 2)] im Sinne vom Kaldor-Hicks-Kriterium bevorzugt vor dem Zustand IV [A(1, 1), B(0, 1)] ist (kürzlich: $II > IV$). Da der Zustand $IV > I$ ist, entnimmt man daraus dann, dass der Zustand $II > IV > I$ ist.

Aus diesem Beispiel ergibt sich, dass einerseits die Vorgehensweise vom Zustand I auf dem Zustand II die Kaldor-Hicks-Verbesserung darstellt und andererseits die Vorgehensweise vom Zustand II auf dem Zustand I wieder diese Verbesserung darstellt, deshalb ist das Kaldor-Hicks-Kriterium nicht transitiv und unterliegt dem Scitovsky-Paradox.

bb) Die fehlende Durchsetzbarkeit

Man könnte behaupten, dass das Scitovsky-Paradox in der realen Welt sehr selten ist, sodass das Kaldor-Hicks-Kriterium weiter noch für brauchbar gehalten wird.⁴⁰⁴ Dagegen spricht hier zunächst, dass es nicht als ein bestimmtes Prinzip verwertet werden kann, denn es beruht lediglich auf der hypothetischen Vergütung des Verlusts des Benachteiligten, in der realen Welt muss diese Vergütung durch konkrete Rechtszuordnung bestimmt werden.

Entsprechend dem Kaldor-Hicks-Kriterium soll die bestimmte Verhaltensbefugnis bei positiven Transaktionskosten diesem Akteur zugebilligt werden, der den Wert

⁴⁰⁴ Schäfer/Ott, LöAZ 2012, S. 22.

der Verhaltensbefugnis am höchsten schätzt⁴⁰⁵ und daher als der Begünstigte dieser Rechtszuordnung genannt wird. Es stellt sich dann die Frage, ob und in welcher Anzahl der Begünstigte den Verlust des Benachteiligten vergüten wird. Wenn durch die konkrete Rechtszuordnung der Verlust des Benachteiligten völlig kompensiert wird, dann ist das Kaldor-Hicks-Kriterium bei Null-Transaktionskosten beinahe identisch mit dem Pareto-Effizienzkriterium,⁴⁰⁶ folglich kann es wie das Pareto-Effizienzkriterium nicht mehr als normatives Prinzip angesehen werden. Daraus ist zu entnehmen, dass die Voraussetzung des Kaldor-Hicks-Kriteriums als normativen Prinzips darin besteht, dass in der realen Welt der Verlust des Benachteiligten nur beschränkt kompensiert werden sollte. Obwohl durch die Rechtsvorschrift, wie z.B. § 249 BGB, es ideal behauptet wird, dass der Verlust des Benachteiligten völlig kompensiert werden sollte, führt diese ideale Rechtsvorschrift in der realen Welt eigentlich stets zur beschränkten Kompensation des Benachteiligten. Dies widerspricht nicht dem Kaldor-Hicks-Kriterium, sondern ist von ihm gefordert, und bringt mit sich sofort das Legitimitätsproblem, warum die beschränkte Kompensation in der Rechtspraxis sachgerecht ist, das jedenfalls der Begründung bedarf.⁴⁰⁷ Das Argument, dass mit dem Kaldor-Hicks-Kriterium die Reichtumsmaximierung erreicht wird, ist nicht genügend, denn durch die vollständige Kompensation des Verlusts des Benachteiligten bzw. durch die Durchsetzung des Pareto-Effizienzkriteriums ist die Reichtumsmaximierung als Ziel ebenfalls erreichbar.

Das andere Argument, dass durch die anhand des Kaldor-Hicks-Kriteriums vorgenommenen Rechtszuordnungen die Kosten der vertraglichen Rechtszuordnung zwischen dem Begünstigten und dem Benachteiligten völlig vermieden sind, ist auch nicht überzeugend. Denn die Durchsetzung des Kaldor-Hicks-Kriteriums in der Rechtswissenschaft hängt davon ab, dass der Gesetzgeber oder das Gericht unter gegebenem Umstand mit niedrigen Kosten zunächst die sämtlichen Begünstigten und Benachteiligten bestimmen und dann die sämtlichen Gewinne der Begünstigten und die sämtlichen Verluste der Benachteiligten berechnen kann. Dies überfordert in der Regel den Gesetzgeber oder das Gericht, und ist mit großen Informationskosten verbunden, die als die andere Art der Transaktionskosten gelten und in der Regel höher als die ersparte Transaktionsrente sind, die unmittelbar durch die Durchsetzung des Kaldor-Hicks-Kriteriums zu erreichen ist. Folglich ist das Ziel der sozialen Reichtumsmaximierung verfehlt.

⁴⁰⁵ Vgl. *Posner*, J. Legal Stud. 8 (1979), 103, 125–127.

⁴⁰⁶ *Calabresi*, Yale L. J. 100 (1991), 1211, 1222; *Schäfer/Ott*, LöAZ 2012, S. 22.

⁴⁰⁷ Posner beruft sich dann auf den sog. hypothetischen ex-ante Konsens zwischen den Begünstigten und den Benachteiligten. Vgl. *Posner*, Posner 1981, S. 92–97. Diese Berufung ist leider problematisch, denn sie, abgesehen von seiner Realisierbarkeit, setzt eigentlich das Pareto-Effizienzkriterium voraus, d.h. dieser hypothetische Konsens spricht für das Pareto-Effizienzkriterium, und spricht gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium, das als normatives Prinzip immer die beschränkte Kompensation fordert. Wenn die Ressourcen gem. dem Kaldor-Hicks-Kriterium verteilt würden, würde der Benachteiligte als rationaler Handelnde diese Ressourcenallokation beureuen. Vgl. *Calabresi*, Yale L. J. 100 (1991), 1211, 1225–1227.

Der hauptsächliche Einwand besteht darin, dass die vom Kaldor-Hicks-Kriterium vorausgesetzte beschränkte Vergütung zum Anreizproblem der Benachteiligten führt. Wenn das bestimmte subjektive Recht physisch dem Benachteiligten zur Verfügung steht, hat er als rationaler Handelnde stets den Anreiz, durch genügende Maßnahmen den Eingriff des Begünstigten in das subjektive Recht vorzubeugen. Beispielsweise wird dem subjektiven Recht R vom Akteur A 10 € und vom Akteur B 20 € beigemessen, anhand des Kaldor-Hicks-Kriteriums wird das R durch die legislative oder justizielle Rechtszuordnung dem B zugeordnet werden, und A wird danach vom B die beschränkte Vergütung in Höhe von 5 € erlangen. In diesem Fall erleidet A durch diese Rechtszuordnung 5 € Verlust, A hat dann den genügenden Anreiz, die Vorbeugungsmaßnahme zu treffen, um den Eingriff des B auf das R zu verhindern und damit seinen Verlust zu verringern. Nehmen wir hier weiter an, dass mit 2 € Kosten der Vorbeugungsmaßnahme der Eingriff des B um 60 % verringert wird, deshalb wird A durch diese Vorbeugungsmaßnahme noch 1 € Erwartungsverlust ersparen. Diese Vorbeugungsmaßnahme erhöht aber gleichzeitig die Schwierigkeit des Eingriffs des B. Um das R am B anzuordnen, ist für B die Maßnahme zur Beseitigung der vom A vorgenommenen Vorbeugungsmaßnahme erforderlich, sie führt allerdings zu weiteren Transaktionskosten. Aus ökonomischer Sicht stellen die Vorbeugungsmaßnahme des A und die Beseitigungsmaßnahme des B die reine ökonomische Verschwendung dar und verringern sicherlich den Reichtum sowohl vom A als auch vom B. Wenn man die solche ökonomische Verschwendung berücksichtigt, ist durchaus zweifelhaft, ob das Kaldor-Hicks-Kriterium in der Lage ist, die Maximierung der sozialen Wohlfahrt oder Reichtums zu verwirklichen.

3. Zwischenfazit

Aus dem oben Ausgeführten kann man zwei Schlussfolgerungen ableiten, die sinnvoll für die Anwendung der ökonomischen Ansätze auf die Rechtswissenschaft sind: die erste lautet, dass die Effizienz in der Rechtswissenschaft nicht als Rechtsprinzip angesehen werden kann; die zweite lautet, dass die Rechtsökonomik in der Tat als die Wissenschaft bezeichnet wird, die sich mit der Auseinandersetzung der Auswirkungen der rechtlichen Regelungen auf das menschliche Verhalten beschäftigt.

a) Effizienz nicht als Rechtsprinzip

Das Pareto-Effizienzkriterium kann weder als normatives noch als empirisches Prinzip verwendet werden, weil unter Berücksichtigung sämtlichen relevanten Einflussfaktoren unter gegebenem Umstand, insbesondere unter Berücksichtigung der zunehmenden Transaktionskosten bei alternativen Ressourcenallokationen, das tatsächliche Verhalten des Akteurs stets für Pareto-effizient gehalten wird. Die rechtlichen Regelungen aus der aktuellen Rechtsordnung erfüllen unter gegenwärtigem Umstand auch stets das Pareto-Effizienzkriterium, weil unter gegenwärtigem Umstand die Schaffung der sog. effizienten Regelungen durch die legislative oder justizielle Rechtszuordnungsweise zu enormen Transaktionskosten führen, die die Rente

aus solchen effizienten Regelungen übersteigen. Auf dieser Grundlage dient das Pareto-Effizienzkriterium nur als methodologisches Prinzip, das zur Widerlegung der fehlerhaften ökonomischen und rechtsökonomischen Erklärung dienen kann. Das Pareto-Effizienzkriterium gilt deshalb nicht als Rechtsprinzip, weil es den normativen Charakter nicht besitzt.

Das Kaldor-Hicks-Kriterium gilt zwar als normatives Prinzip, aber erleidet zunächst den logischen Widerspruch. Darüber hinaus liegt dem Kaldor-Hicks-Kriterium die beschränkte Kompensation des Verlustes des Benachteiligten zugrunde, sonst wäre es mit dem Pareto-Effizienzkriterium identisch und verlöre somit seinen normativen Charakter. Allerdings führt die beschränkte Kompensation zu Vorbeugungsmaßnahmen des Benachteiligten, die am Ende die Reichtumsherabsetzung sowohl des Benachteiligten als auch des Begünstigten herbeiführen. Außerdem setzt die Durchsetzung des Kaldor-Hicks-Kriteriums es voraus, dass der Gesetzgeber oder das Gericht die hinreichenden Informationen beherrscht, die in der Regel sehr kostenaufwendig sind. Aus diesen Gründen kann man annehmen, dass durch die Durchführung des Kaldor-Hicks-Kriteriums die Maximierung der sozialen Wohlfahrt bzw. des sozialen Reichtums als Ziel normalerweise in der realen Welt verfehlt ist. Das Kaldor-Hicks-Kriterium gilt deshalb nicht als Rechtsprinzip, weil seine Durchsetzbarkeit in der Rechtspraxis fehlt.

b) Rechtsökonomik als Wissenschaft

Dass die Effizienz nicht als Rechtsprinzip angesehen werden kann, bedeutet nicht, dass man jedenfalls auf die normative Rechtsökonomik aufgeben muss. In der realen Welt kann man sich selbstständig darum bemühen, die soziale Wohlfahrt bzw. den sozialen Reichtum steigernden Rechtsnormen in Kraft treten zu lassen. Diese Bemühung setzt allerdings es voraus, dass unter dem gegebenen Umstand die solchen Rechtsnormen realistisch erlassen werden können und realistisch von den betroffenen Akteuren befolgt werden, dabei geht es um den Vergleich zwischen den Kosten und der Rente der relevanten Rechtszuordnungen. Dieser Vergleich ist nur anhand der positiven Rechtsökonomik vorzunehmen. Die Machbarkeit der normativen Rechtsökonomik hängt also von der positiven rechtsökonomischen Analyse ab.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Rechtsökonomik als die Wissenschaft dar, durch die die Auswirkungen der aktuellen Rechtsordnung auf das menschliche Verhalten erklärt werden, diese Auswirkungen beziehen sich auf die von den betroffenen Akteuren tatsächlich vorgenommen Rechtszuordnungsweisen. Wenn man genügende Kenntnisse über diese Auswirkungen erlangt, kann man auch in Kenntnis nehmen, unter welchem Umstand die auf bestimmte Werturteile abstellenden Rechtsnormen erlassen werden können, ob diese Rechtsnormen von betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand befolgt werden. Die positive Rechtsökonomik bringt also auch die praktische Leistung.

Kapitel 4 die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze durch die Rechtsökonomik

I. Die Einleitung

Im Kapitel 3 ist auf die positive Rechtsökonomik abgestellt, wobei die Effizienz als Ziel der normativen Rechtsökonomik bzw. als Rechtsprinzip aufgegeben ist. Allerdings ist bei der Rechtsanwendung das Werturteil unvermeidlich, und unterschiedliche rechtsdogmatische Lehrsätze mögen mit unterschiedlichen Werturteilen verknüpft sein. Dies wirft die Frage auf, wie man anhand der positiven Rechtsökonomik die juristische Wertproblematik bei der Rechtsanwendung lösen kann, damit die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze mithilfe der positiven Rechtsökonomik erfolgreich vorgenommen wird. Die Anwendung der positiven Rechtsökonomik bringt mit sich den großen Vorzug für ihre Rezeption in Deutschland, denn sie bringt gar kein außerrechtliches Werturteil in die Rechtsordnung, so kann die Rezeption der Rechtsökonomik in Deutschland von jeglichen Werturteilen freigestellt werden.

Bevor die Frage nach der Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze durch die Rechtsökonomik bearbeitet wird, werden hier der Charakter der Rechtsökonomik als Rechtsanwendungsmethode und der Charakter der bisherigen juristischen Methodik in Bezug auf die Wissenschaftstheorie erklärt. Zur herkömmlichen juristischen Methodik gehören zunächst die Gesetzesauslegung (die grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) und die Rechtsfortbildung (die Rechtsanalogie und teleologische Reduktion), sie werden angesichts der Wissenschaftstheorie als Begründungszusammenhang bewertet. Bei der Rechtsanwendung geht es zunächst um die Herausfindung einschlägiger Rechtsnormen und dann um die Formulierung zutreffender rechtsdogmatischen Aussagen über solche Rechtsnormen. „Ein solches Verfahren erfordert immer wieder den Einsatz schöpferischer Geisteskräfte“,⁴⁰⁸ die angesichts der Wissenschaftstheorie aber zum Entdeckungszusammenhang gehört, für den gar keine Begründungslehre gelten kann.⁴⁰⁹ Im Unterschied davon bezeichnen sich die Gesetzesauslegung und die Rechtsfortbildung „als Sammelbezeichnung für bestimmte Typen von Argumenten, die im Rahmen der Rechtsfindung eine besonders wichtige Rolle spielen“,⁴¹⁰ sie ordnen die vorher von Rechtswissenschaftlern entdeckten Lösungsmuster nach bestimmten Gesichtspunkten an, damit das Lernen von oder die Kritik an solchen Lösungsmustern erleichtert wird.

Anschließend bezeichnet sich die juristische Diskurstheorie als die prozedurale Argumentationslehre, danach ist die normative Aussage nur dann richtig, wenn sie das Ergebnis der bestimmten Diskursprozedur ist, bei der nur wegen der überzeugenden

⁴⁰⁸ Larenz, MdR 1991, S. 315.

⁴⁰⁹ Popper, LdF 2005, 7f.; Albert, KrE 1987, S. 80.

⁴¹⁰ Canaris, FS Medicus, 1999, S. 25, 58.

Begründungen die anderen Teilnehmer an diesem Diskursprozedur mit dieser normativen Aussage einverstanden sind.⁴¹¹ Daraus ergibt sich, dass die Diskurstheorie selbst keine materiellen Argumente gewährt, die sondern von Teilnehmern selbst an dieser Diskursprozedur aufgestellt sind.⁴¹²

Im Gegensatz zu der Diskurstheorie können materielle Argumente für oder gegen den konkreten rechtsdogmatischen Lehrsatz unmittelbar mithilfe der positiven Rechtsökonomik formuliert werden, man kann durch die Rechtsökonomik feststellen, wie sich dieser rechtsdogmatische Lehrsatz auf das menschliche Verhalten auswirkt, diese Auswirkungserklärung dient in der Regel als das Argument für oder gegen diesen Lehrsatz. Aber gleich wie die Methode von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, kann durch die Rechtsökonomik nicht unmittelbar der neue rechtsdogmatische Lehrsatz entdeckt werden, dies gehört zu der schöpferischen Aktivität des Rechtsanwenders. In diesem Zusammenhang dient die Rechtsökonomik als Rechtsanwendungsmethode immer zur Auswahl bzw. zum Vergleich der bereits vorhandenen rechtsdogmatischen Lehrsätze, nicht zum Entdecken des neuen rechtsdogmatischen Lehrsatzes.

II. Das Werturteil bei der Rechtsanwendung mithilfe der Wissenschaft

Das Werturteil kann in jeder Phase der Rechtspraxis eintreten, hier ist nur die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung zu bearbeiten, dabei handelt es sich vor allem die Bewertung der rechtsdogmatischen Lehrsätze, die zur Erklärung des geltenden Rechts dienen und als die Lösungsmuster für die Rechtsfälle bezeichnet werden. Wenn ein Richter in einem Rechtsfall einen konkreten rechtsdogmatischen Lehrsatz wählt, bewertet er zugleich, dass dieser rechtsdogmatische Lehrsatz für diesen Rechtsfall gelten soll, gleichzeitig entsteht das Werturteil.

Es scheint also, dass das Werturteil nicht mithilfe der Wissenschaft behandelt werden kann, denn bei der Wissenschaft handelt es sich um die empirische Prüfung der wissenschaftlichen Theorie, d.h. die Wissenschaft geht stets von den deskriptiven Sätzen aus, im Gegensatz dazu handelt es sich beim Werturteil um die präskriptiven Sätze, nach der formellen Logik kann der präskriptive Satz nicht aus dem deskriptiven Satz abgeleitet werden, was auch als Humes Gesetz genannt ist.⁴¹³ Aber das Humes Gesetz bedeutet nur, dass die Werturteilproblematik nicht durch die formelle Logik gelöst werden kann, und sagt nichts dazu, ob diese Problematik mithilfe der realistischen Wissenschaft gelöst werden kann. Dazu leistete Hans Albert große Beiträge und erweiterte die Methodologie des kritischen Rationalismus auf die rationale Praxis.

1. Die Methodologie des kritischen Rationalismus

⁴¹¹ Vgl. *Alexy*, RVD, 1995, 94–97.

⁴¹² Vgl. *ders.*, RVD, 1995, S. 94, 97.

⁴¹³ *Hume*, Hume 1896, 469 f.

Angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus entsteht das Humes Gesetz deshalb, weil man stets die zureichende Begründung für die präskriptiven Sätze zu finden pflegt,⁴¹⁴ dies führt zu der von Kelsen genannten „unüberbrückbare Kluft“⁴¹⁵ zwischen Sollen und Sein. Wenn man aber auf den Gedanken der zureichenden Begründung für die präskriptiven Sätze verzichtet, dann kann man die Brücke zwischen präskriptiven und deskriptiven Sätzen einrichten, damit die Normativität der präskriptiven Sätze durch ihre Faktizität überprüft werden kann.

a) Das Brücken-Prinzip

Das Brücken-Prinzip lautet, dass das Sollen das Können impliziert und das Nicht-Können das Nicht-Sollen impliziert.⁴¹⁶ Daraus ergibt sich, dass das Brücken-Prinzip überhaupt nicht zur Begründung präskriptiven Sätze dient, sondern „sich auf das Realisierbarkeitsproblem bezieht“,⁴¹⁷ es dient also zur Überprüfung der Realisierbarkeit der präskriptiven Sätze in der realen Welt, um „eine wissenschaftliche Kritik an normativen Aussagen zu ermöglichen“.⁴¹⁸

Es stellt sich dann die Frage, ob der präskriptive Satz durch den deskriptiven Satz kritisiert oder überprüft werden kann. Diese Frage ist hier bejaht. Denn in jedem Werturteil befindet sich der bestimmte sachliche Gehalt, der „etwas durchaus Neutrales, wie alles rein Sachliche“⁴¹⁹ ist, beispielsweise liegt im präskriptiven Satz „zur Gesundheit soll man viel Obst und Gemüse essen“ der Sachgehalt „man isst viel Obst und Gemüse“ vor, der in der realen Welt dadurch empirisch beobachtet wird, dass Hans und Anna als Deutschen jeden Tag viel Obst und Gemüse essen, was den deskriptiven Satz darstellt. Jeder Satz enthält den bestimmten Sachgehalt, unabhängig davon, ob dieser Satz zum präskriptiven oder deskriptiven Satz gehört,⁴²⁰ außerdem können ein deskriptiver und ein präskriptiver Satz den gleichen Sachgehalt enthalten.

Darüber hinaus ist von Albert diese Auffassung zu vertreten, dass in der pragmatischen Dimension jede Aussagen „>normierend< auf die an der jeweiligen Kommunikationssituation Beteiligten wirken können“ und sich der deskriptive und der präskriptive Satz durch ihre normierenden Wirkungen voneinander unterscheiden.⁴²¹ Bei deskriptiven Sätzen „handelt es sich zunächst vor allem um die Normierung unserer sachlichen Überzeugungen“, während präskriptive Sätze „meist normierend auf unsere Stellungnahmen, Entscheidungen und Handlungen wirken“.⁴²² Vom

⁴¹⁴ Albert, TkV 1991, S. 69.

⁴¹⁵ Kelsen, Kelsen 1911, S. 6.

⁴¹⁶ Albert, TkV 1991, 91 f.

⁴¹⁷ Ders., KVRP 2011, S. 18.

⁴¹⁸ Ders., TkV 1991, S. 92.

⁴¹⁹ Kraft, GwW, S. 17.

⁴²⁰ Albert, AuS 1976, S. 166.

⁴²¹ Ders., AuS 1976, S. 167.

⁴²² Ders., AuS 1976, S. 167.

pragmatischen Gesichtspunkt aus dient der deskriptive Satz zur Beschreibung und Erklärung der tatsächlichen oder möglichen Sachlage und zur Formulierung und Überprüfung der hypothetischen Gesetzmäßigkeiten, während sich der präskriptive Satz dazu gebraucht, „Stellungnahmen und Entscheidungen auszudrücken, Vorschriften zu machen, Befehle zu erteilen, Rechte und Pflichten zuzuschreiben und Verhaltensweisen als gerechtfertigt zu deklarieren.“⁴²³ Sie beiden „haben gewissermaßen beide hypothetischen Charakter, sie werden also nicht als Dogmen angesehen und behandelt, sondern als Vorschläge, einerseits für die Interpretation des tatsächlichen Geschehens, andererseits für die Regulierung des tatsächlichen Verhaltens.“⁴²⁴ Der deskriptive und der präskriptive Satz, soweit sie den gleichen Sachgehalt haben, stehen miteinander in einem engen Zusammenhang. Durch diesen gleichen Sachgehalt kann man zwischen dem deskriptiven und dem präskriptiven Satz die Brücke einrichten, und die Kritisierbarkeit bzw. die Prüfbarkeit des deskriptiven Satzes lässt sich daher über diese Brücke auf den präskriptiven Satz übertragen, indem die Realisierbarkeit dieser Sachgehalt mithilfe der Wissenschaft empirisch geprüft wird.

Es ist offensichtlich, dass der Spielraum der menschlichen Handlungsmöglichkeiten durch den menschlichen Wissenschaftsstandard bestimmt ist.⁴²⁵ Der präskriptive Satz, der auf ein bestimmtes Verhalten verweist, darf daher nicht über den aktuellen Technikstandard hinausgehen oder den Wissenschaftserkenntnissen widersprechen. Wenn das durch den präskriptiven Satz aufgewiesene Verhalten nach der aktuellen Technikstandard nicht realisierbar ist, dann ist dieser präskriptive Satz widerlegt, weil sein Sachgehalt in der realen Welt wegen der Unrealisierbarkeit unzutreffend ist.⁴²⁶ Beispielsweise wurde in den früheren kommunistischen Ländern die Planungswirtschaft gegründet, sie zielte auf die Erfüllung der Bedürfnisse aller Bürger durch die Verwaltungsverteilungen ab, aber dieses Ziel ist nach dem gegenwärtigen Technikstand ebenfalls verfehlt, denn die genaue Kalkulierung der Bedürfnisse jeglichen Bürger geht jedenfalls über die menschlichen Kompetenzen hinaus. Es gibt auch Fälle, wo der Sachgehalt des präskriptiven Satzes zwar erreichbar ist, aber die Kausalität zwischen dem von diesem Satz implizierten Zweck und dem Sachgehalt nach den Wissenschaftserkenntnissen nicht besteht, in diesen Fällen ist der präskriptive Satz ebenfalls durch die Wissenschaft widerlegt, weil sein Sachgehalt nicht zur Zweckerreichung dienen kann.⁴²⁷ Beispielsweise ist der präskriptive Satz „zur Gesundheit soll man auf die genveränderten Lebensmitteln verzichten“ deshalb widerlegt, weil es durch hinreichende überzeugende wissenschaftliche Studien nachgewiesen ist, dass die am Markt angebotenen genveränderten Lebensmittel für menschliche Gesundheit nicht gefährlicher als die nicht gentechnisch veränderten Lebensmittel sind.

⁴²³ Ders., AuS 1976, S. 163.

⁴²⁴ Ders., KVRP 2011, S. 161.

⁴²⁵ Ders., AuS 1976, S. 177.

⁴²⁶ Kraft, GwW, 200 f.

⁴²⁷ Vgl. ders., GwW, S. 210–212.

Daraus lässt sich auch erkennen, dass die theoretische und technische Wissenschaft im engen Zusammenhang mit der praktischen Vernunft steht,⁴²⁸ der theoretische Erkenntnisfortschritt kann die Aufstellung der realisierbaren Werturteile und die Korrektur der zwecklosen Werturteile fruchtbar machen, und der technische Erkenntnisfortschritt erweitert den Spielraum der menschlichen Handlungsmöglichkeiten und damit erhöht die Realisierbarkeit der bestimmten Werturteile.⁴²⁹

b) Der Komparativismus

Im kritischen Rationalismus wird der Komparativismus als Methodologie vor allem auf die Auswahl der wissenschaftlichen Theorie angewendet. Er besagt, dass man zwischen konkurrierenden Theorien diese Theorie wählen soll, die die bisherigen strengen Prüfungen bestanden hat und daher die größte Erklärungskraft erbringt,⁴³⁰ denn diese wissenschaftliche Theorie kommt im Vergleichen mit theoretischen Alternativen näher der Wahrheit.⁴³¹ Als wissenschaftliche Methodologie muss sich der Komparativismus aber nicht auf die Erkenntnispraxis beschränken, er kann sich auf Problemlösungen aller Art beziehen, soweit diese Problemlösungen als die praktische Anwendung der theoretischen Erkenntnis bezeichnet sind, denn „unsere Einstellungen und Wertorientierungen und sogar unsere Bedürfnisse und Gefühle hängen eng mit den von der wissenschaftlichen Erkenntnis beeinflussten Überzeugungen über die Beschaffenheit der Wirklichkeit zusammen.“⁴³² Beim Komparativismus ist das Werturteil als kritisierbare Hypothese angenommen, es darf kein konkretes Werturteil gegen die kritische Prüfung dogmatisiert werden, durch kritische Vergleiche der unterschiedlichen präskriptiven Sätze unter Bezugnahme auf die gegenwärtige Problemsituation kann man die Schwäche solcher Sätze herausarbeiten und Gesichtspunkte für ihre Verbesserungen entwickeln.⁴³³

Mithilfe des Brücken-Prinzips kann man zunächst die aus rein wissenschaftstechnischer Sicht zweckmäßigen präskriptiven Sätze aussondern. Lassen sich danach noch mehr als zwei präskriptive Sätze übrig behalten, dann kann man mithilfe des Komparativismus diesen präskriptiven Satz auswählen, der in der realen Welt von den betroffenen Akteuren tatsächlich gewählt wird, dabei bedient sich sicherlich die Ökonomik, die als Wissenschaft der Erklärung des menschlichen Verhaltens bezeichnet wird. Es handelt sich hier um die Prüfung der Alternativen der präskriptiven Sätze angesichts ihrer jeweiligen tatsächlichen Realisierbarkeiten in der realen Welt, diese Prüfung wird also durch die wissenschaftliche ökonomische Analyse durchgeführt.

⁴²⁸ Vgl. *Albert*, AuS 1976, S. 19–23.

⁴²⁹ *Ders.*, AuS 1976, S. 25.

⁴³⁰ *Popper*, VuW 2009, S. 363; *Albert*, KR 2000, S. 15.

⁴³¹ *Popper*, VuW 2009, 363 f.

⁴³² *Albert*, TrP 1978, S. 183.

⁴³³ *Ders.*, TkV 1991, S. 90.

Wenn zum gleichen Zweck zwei unterschiedliche präskriptive Sätze dienen können, kann man angesichts der positiven Ökonomik feststellen bzw. vorhersagen, dass diese Akteure mit Berücksichtigung sämtlicher Kosten stets diesen Satz auswählen werden, dessen Sachgehalt unter gegebenem Umstand mit kleinsten Kosten erreicht wird. Beispielsweise erleiden die armen Bewohner im Afrika den Mangel an Vitamin A, um das Problem zu lösen, liegen zur Zeit zwei präskriptive Sätze vor: der Satz PS1 lautet, „die Bewohner dort sollen den goldenen Reis essen,“ der durch das genetischen Verfahren die erhöhte Menge an Vitamin A enthält; der andere Satz PS2 lautet, „die Bewohner dort sollen genügende Fleische und Gemüse essen“. Durch die einfache ökonomische Analyse kann man sicherlich feststellen, dass die armen Bewohner dort unter gegenwärtigem Umstand den Sachgehalt des PS1 wählen, weil der Preis des goldenen Reises im Vergleich mit den Preisen von Fleisch und Gemüse sehr günstig ist, soweit keine unwissenschaftlichen politischen Eingriffe eingetreten wären. Der Sachgehalt des PS2 ist unter gegenwärtigem Umstand nicht realisierbar und der PS2 ist daher widerlegt.

Es stellt sich aber die Frage, wie diese unterschiedlichen präskriptiven Sätze kritisch geprüft werden, die zu unterschiedlichen Zwecken dienen. Die Entscheidungen zwischen unterschiedlichen Zwecken trifft der Akteur in der realen Welt eigentlich alltäglich: Soll der Jurastudent, der in einem Monat am Staatexamen teilnehmen wird, am Wochenende in der Bibliothek bleiben oder einen Ausflug machen? Soll die verheiratete Frau auf ihre Arbeitschance verzichten und dann ein Baby gebären, oder weiter nach der Aufstiegschance streben? Die konkrete Entscheidung des Akteurs ist aus Sicht der positiven Ökonomik zunächst von seiner persönlichen Präferenz, dann von den ihm gegenüberstehenden Umständen abhängig. Man kann dann mithilfe der positiven Ökonomik vorhersagen, dass diese Akteure stets diesen präskriptiven Satz wählen, dessen Sachgehalt unter gegebenem Umstand mit Berechnung der Transaktionskosten die höhere Transaktionsrente erbringt. In diesem Fall ist der präskriptive Satz, dessen Sachgehalt nicht von den betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand nicht gewählt ist, zwar nicht falsifiziert, aber in diesem Sinne kritisierbar, dass diesem Satz unter gegebenem Umstand die Realisierbarkeit fehlt und daher die Verbesserung bzw. die Modifikation für ihn notwendig ist.

Es ist beachtlich, dass bei der Durchführung des Komparativismus keine normative ökonomische Analyse verwendet wird. Der Sachgehalt des präskriptiven Satzes, der von den betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand tatsächlich gewählt wird, ist hier allein durch die wissenschaftliche ökonomische Analyse ex-ante erklärt, d.h. die wissenschaftliche Ökonomik ist im Stande, das Werturteil bzw. die Entscheidung der betroffenen Akteure unter gegebenem Umstand vorherzusagen. Dies stellt sicherlich darauf ab, dass die Ökonomik als die Wissenschaft der Erklärung des menschlichen Verhaltens gelten kann, was bereits im zweiten Kapitel ausführlich demonstriert wurde. Diese wissenschaftliche Ökonomik bringt auch, wie die Naturwissenschaft, die praktische Leistung für die rationale Praxis, sie bietet den Hinweis

darauf, wie das konkrete Werturteil modifiziert wird, damit es von den betroffenen Akteuren in der realen Welt befolgt wird.

2. Die Anwendung der Methodologie des kritischen Rationalismus auf die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung

Im Unterschied vom konkreten Werturteil im alltäglichen Leben richtet sich das Werturteil bei der Rechtsanwendung „an einen unbegrenzten Adressatenkreis“ und pflegt „für unbegrenzt häufiges Auftreten der von ihnen beschriebenen Situation“ zu gelten,⁴³⁴ es geht also um unpersönliches Werturteil, das eine Gegenstandsbeschaffenheit von der stellungnahmebestimmenden Art ganz allgemein aussagt.⁴³⁵ Da die Methodologie des kritischen Rationalismus auf die kritische Realisierbarkeitsprüfung des Sachgehalts des Werturteils abstellt, ist für ihre Anwendung auf die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung erforderlich, den zu prüfenden Sachgehalt des unpersönlichen Werturteils bei der Rechtsanwendung zu bestimmen.

a) Schritt I: die Sachgehaltsfestlegung

Bei der Rechtsanwendung beschäftigt man sich damit, den Sachverhalt des konkreten Rechtsfalls dem Tatbestand eines Rechtssatzes zuzurechnen, damit die Rechtsfolge dieses Rechtssatzes für diesen Rechtsfall gelten soll.⁴³⁶ Der rechtsdogmatische Lehrsatz dient zur Erklärung eines bestimmten juristischen Fachwortes, der sich im Rechtssatz befindet und den abstrakten Charakter hat, z.B. die „Geschäftsgrundlage“ im § 313 BGB, der „rechtliche Vorteil“ im § 131 BGB, der „dazu erforderliche Geldbetrag“ im § 249 II BGB, etc., oder er dient zur Erklärung einer Rechtsnormen, z.B. die dogmatische Struktur des § 823 BGB, die Konkretisierung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses im § 311 II BGB, etc., oder er dient zur Erklärung des Verhältnisses zwischen unterschiedlichen Rechtssätzen, z.B. das Verhältnis zwischen den Ansprüchen in §§ 987 ff. und den Ansprüchen in §§ 823 ff. BGB bei Eigentumsverletzung. Es ist also durch den rechtsdogmatischen Lehrsatz zu beurteilen, ob der Sachverhalt eines konkreten Rechtsfalls dem Tatbestand des konkreten Rechtssatzes zuzuordnen ist, oder welche Rechtsfolge für den konkreten Rechtsfall gelten soll,⁴³⁷ d.h. der Tatbestand oder die Rechtsfolge des Rechtssatzes ist mithilfe des rechtsdogmatischen Lehrsatzes konkret zu formulieren.

Da bei der Rechtsanwendung der Sachverhalt eines konkreten Rechtsfalls dem Tatbestand des Rechtssatzes zuzurechnen ist, knüpft der Tatbestand am bestimmten

⁴³⁴ Rüthers/Fischer/Birk, RT 2015, Rn.113.

⁴³⁵ Kraft, GwW, 186 f.

⁴³⁶ Larenz, MdR 1991, 251 f.; Zippelius, Methodenlehre, 23 f.

⁴³⁷ Diederichsen, Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 65, 73, er sagt: „Rechtsdogmatik hat zum einen die Funktion, nur für eine bestimmte Auswahl sozialer Konflikte rechtliche Regelungen bereitzustellen (Beschränkungsfunktion im Tatsächlichen), was zur Folge hat, dass für bestimmte Sachverhalte keine rechtliche Regelung besteht; ... Rechtsdogmatik soll zum andern für soziale Konflikte auch bestimmte juristische Regelung vorsehen (Beschränkungsfunktion im Rechtlichen).“

Sachverhalt an, der in der realen Welt beobachtbar ist. Soweit der Sachverhalt des Rechtsfalls den durch den Rechtssatz bezeichneten Tatbestand erfüllt, soll die Rechtsfolge dieses Rechtssatzes für diesen Rechtsfall gelten. Die Geltung der Rechtsfolge hat bestimmt die Auswirkung auf die Handlungen der betroffenen Akteure, die in der realen Welt jedenfalls beobachtbar ist. Es liegt auf der Hand, dass der Tatbestand und die Rechtsfolge des Rechtssatzes immer jeweils mit bestimmten Sachgehalten verbunden sind. Der rechtsdogmatische Lehrsatz dient, wie gerade erwähnt, zur konkreteren Formulierung des Tatbestandes oder der Rechtsfolge des Rechtssatzes, muss „den sprachlichen Bezug zum sozialen Geschehen behalten“⁴³⁸ und ist daher auch mit bestimmten Sachgehalten verbunden, die zur kritischen Realisierbarkeitsprüfung fähig sind. Obwohl es im BGB viele wertende Begriffe gibt, z.B. die guten Sitten im § 138 BGB, die angemessene Frist im § 281 I BGB, die unangemessene Benachteiligung im § 307 I BGB, das Verschulden im § 276 I BGB, etc., ist für ihre Anwendbarkeit auf konkrete Fälle stets erforderlich, dass diese wertende Begriffe durch das Konkretisierungsverfahren an bestimmte Tatsachen oder Fallgruppen anknüpfen.

Als Beispiel dient der wertende Begriff der Fahrlässigkeit im § 276 II BGB, die als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlich Sorgfalt bezeichnet wird. Diese Sorgfalt hier bezieht sich nach h.L. auf einen objektiven Maßstab und macht die Fähigkeit eines durchschnittlichen vernünftigen Angehörigen des betroffenen Verkehrskreises aus.⁴³⁹ Für die Anwendung dieses objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs auf die Rechtspraxis ist jedenfalls erforderlich, dass dieser Maßstab situations- und gruppenbezogen konkretisiert werden muss,⁴⁴⁰ und in der Regel wird diese Konkretisierung in zwei Richtungen, nämlich in Berufs- und Altersgruppen, abgestuft.⁴⁴¹ Auf dieser Grundlage geht man bei der Bestimmung der Sorgfaltsanforderung grundsätzlich von einem ordentlichen Berufstätigen aus, und für Kinder und alte Menschen gelten geringere Sorgfaltsanforderungen als für Erwachsenen. Dies schließt aber nicht aus, innerhalb dieser Berufsgruppen weiter eine Differenzierung nach konkreteren Verkehrskreisen zu machen, so ist der objektive Sorgfaltsstandard des jungen Assistenzarztes niedriger als der des Facharztes,⁴⁴² und von einem Heilpraktiker kann nicht dasselbe Maß von allgemeiner Ausbildung und Fortbildung verlangt werden wie von einem Facharzt.⁴⁴³ Dagegen ist nach a.L. für die Bestimmung der Fahrlässigkeit ein subjektiver Beurteilungsmaßstab zu verwenden, danach ist zu fragen, ob der konkrete Handelnde auf Grund seiner Fähigkeiten das rechtmäßige Verhalten hätte unternehmen können.⁴⁴⁴

⁴³⁸ Ders., Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 65, 74.

⁴³⁹ Looschelders, SchuldR AT, Rn. 476; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 359; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 114; Erman/Westermann, § 276 Rn. 47; Staudinger/Capers, § 276 Rn. 29 f.

⁴⁴⁰ Bydlinski/Weber/Westermann, SchuldR AT, § 6 6/6.

⁴⁴¹ Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 360; Looschelders, SchuldR AT, Rn. 477; Staudinger/Capers, § 276 Rn. 35 ff.; Erman/Westermann, § 276 Rn. 11.

⁴⁴² BGH NJW 2001, 1786, 1787

⁴⁴³ BGH NJW 1991, 1535, 1537

⁴⁴⁴ Koziol, AcP 196 (1996), 593, 595.

Erkennt man aber die Arbeitsweise der wissenschaftlichen Erklärung, wie der Mensch das Phänomen in der realen Welt beschreibt, dann ist ihm erkennbar, dass die Debatte zwischen dem objektiven und subjektiven Sorgfaltsmaßstab ein bisschen verwirrend ist. Wenn man eine Tatsache beschreiben will, muss er jedenfalls bestimmte Gesichtspunkte auswählen. Es ist nicht möglich, ein soziales Geschehen gänzlich aus allen Gesichtspunkten zu beschreiben, anderenfalls wäre diese Beschreibung unendlich und unmöglich erledigt, deshalb ist jede Beschreibung „notwendig selektiv“,⁴⁴⁵ jede Beschreibung setzt also bestimmte Gesichtspunkte voraus, die wiederum in Anlehnung des bestimmten Erklärungszwecks bestimmte relevante Faktoren erfassen.⁴⁴⁶

Das Gleiche gilt auch für die Rechtsanwendung, wo der Sachverhalt des konkreten Falles in Bezug auf den Tatbestand des Rechtsatzes beschrieben wird. Zur Bestimmung der Sorgfaltsanforderung in konkreten Fällen muss der gegebene Umstand, unter dem sich der Handelnde befindet, entsprechend nur selektiv beschrieben werden. Der Autofahrer, der an der roten Ampel die Straße überquerte und den Körper der Passanten schädigte, sollte gem. § 823 I BGB zum entsprechenden Schadensersatz verpflichtet sein, zu den selektiv relevanten Faktoren gehören in diesem Fall seine Deliktsfähigkeit (ohne Geisteskrankheit, Erwachsenen) und sein Deliktsverhalten, irrelevant sind solche Faktoren, z.B. sein Beruf, seine Rasse, sein Familienzustand, etc., die bei der Rechtsanwendung unberücksichtigt werden können. Ein Kraftfahrer, der fährt in der Dunkelheit und den Verkehrsunfall verursacht, hat den Unfall zu vertreten, und sein unerkannter Augenfehler als irrelevanter Faktor ist bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit unbeachtet.⁴⁴⁷ Wenn sich Kinder und Jugendliche zum Fußballspielen zusammenfinden, ist das Verschulden mangels abweichender Absprachen nach Fußballregeln des Deutschen Fußballbundes zu beurteilen, und das Alter ist in diesem Fall als irrelevanter Faktor unbeachtlich.⁴⁴⁸ Da bei Bestimmung der Fähigkeiten des konkreten Handelnden immer auf bestimmte selektive Faktoren angewiesen ist, wird die Durchführung des subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs in der Rechtspraxis in der Tat objektiviert,⁴⁴⁹ dies führt dazu, dass in der realen Rechtspraxis kein großer Unterschied – wie auch von Koziol bemerkt – zwischen dem objektiven und subjektiven Fahrlässigkeitsstandard besteht.⁴⁵⁰ Dies erweist sich auch bei der Tatbestandbestimmung der Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 II BGB:

⁴⁴⁵ Popper, EdH 2003, S. 62.

⁴⁴⁶ Albert, KrE 1987, S. 108.

⁴⁴⁷ BGH JZ 68, 103. mAnm Deutsch.

⁴⁴⁸ BGH NJW-RR 2000, 1116

⁴⁴⁹ Deutsch drückt zutreffend aus: „Die normative Grundlage ermöglicht es, die Sorgfalt nach den Erfordernissen der Situation und dem Stand der Technik zu bemessen. Die Unvollständigkeit erlaubt es, die Definition den Wertentscheidungen der einzelnen Rechtsgebiete folgend zu vervollständigen. Auf diese Weise ist es uns möglich, im Zivilrecht mit einem objektiven und einem subjektiven Begriff der Fahrlässigkeit zugleich zu arbeiten.“ *Deutsch* Anmerkung BGH JZ 68, 103.

⁴⁵⁰ Koziol, AcP 196 (1996), 593, 598.

obwohl die Erkennbarkeit und die Vermeidbarkeit zum Tatbestand der Fahrlässigkeit gehören, haben sie fast keine praktische Bedeutung, solange der objektive Fahrlässigkeitsstandard situation- und gruppenbezogen konkretisiert wird.⁴⁵¹ Angesichts des kritischen Rationalismus ist dieser objektive Fahrlässigkeitsstandard stets mit bestimmten beobachtbaren Sachgehalten unter gegebenen Umständen verbunden.

Man kann hier zusammenfassen, dass der rechtsdogmatische Lehrsatz immer mit bestimmten Sachgehalten verknüpft ist, unabhängig davon, ob es bei diesem Lehrsatz um wertende Problematik geht oder nicht. Dies ist zum einen durch das Bedürfnis der Rechtsanwendung des rechtsdogmatischen Lehrsatzes, und zum anderen durch die Natur der wissenschaftlichen Erklärung bestimmt. Um die kritische Prüfung des rechtsdogmatischen Lehrsatzes zu ermöglichen, soll man zunächst die sich aus dem Lehrsatz ergebenden Sachgehalte festsetzen.

b) Schritt II: die Bewertung nach Natur- und Technikwissenschaften

Setzt man die Sachgehalte eines bestimmten rechtsdogmatischen Lehrsatzes fest, dann sind gem. dem Brücken-Prinzip durch die Natur- und Technikwissenschaften zu beurteilen, ob diese Sachgehalte technikwissenschaftlich verwirklichtbar sind. Der rechtsdogmatische Lehrsatz, dessen Sachgehalte nach dem aktuellen wissenschaftlichen Standard gar unmöglich sind, soll von Anfang an bei der Rechtsanwendung aufgegeben werden, denn dieser Lehrsatz entweder widerspricht der Wahrheit im Sinne der Naturwissenschaft, oder ist schon in Bezug auf seine Zielsetzung technisch verfehlt. Die Bewertung nach Natur- und Technikwissenschaften stellt sich bei der Rechtsanwendung nicht allein als die Beweisfrage dar, denn als Beweisfrage kann man die Wissenschaftlichkeit der Theologie durch die Zurückführung auf Art. 5 III GG begründen,⁴⁵² oder die Wissenschaftlichkeit der Schöpfungslehre durch die Zeugnisse der bestimmten Personen, die seelische Erfahrungen der Gottexistenz hatten, begründen. Ganz im Gegenteil, die Bewertung nach Natur- und Technikwissenschaften ist materielle wissenschaftliche Bewertung, setzt stets bestimmte wissenschaftliche Erkenntnisse voraus und ist nicht vom Beweisverfahren der Rechtsanwendung beschränkt.

Als Beispiel der Bewertung nach Naturwissenschaften dient ein interessantes, kürzlich bekanntgegebenes Gerichtsurteil, bei dem es sich um die Frage danach handelt, wie der lebende Hummer aufbewahrt, geschlachtet und getötet werden sollte.⁴⁵³ Der hier in Betracht bezogene rechtsdogmatische Lehrsatz besagt, dass der Hummer so betreut werden sollte, dass er bei seiner arggemäßen Bewegung keine Schmerzen i.S.d. § 2 Nr. 2 TierSchG erleiden, entsprechend § 10 TierSchlV aufbewahrt und

⁴⁵¹ JurisPK-BGB/Seichter, § 276 Rn. 15 f.

⁴⁵² Bäcker, Der Staat 49 (2010), 477 ff.

⁴⁵³ VG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2017 – 24 K 188.14

entsprechend § 12 XI TierSchlV geschlachtet und getötet werden soll.⁴⁵⁴ Die Anwendbarkeit dieses Lehrsatzes hängt sicherlich davon ab, ob der Hummer als Krebstier wie Wirbeltier die Nervenschmerzfähigkeit hat. Selbstverständlich ist diese Frage eine naturwissenschaftliche bzw. biologische Frage, und kann nur durch wissenschaftliche Studien bearbeitet werden. Seit langem ist diese Auffassung vertreten, dass der lebende Hummer die Schmerzen nicht empfinden könne und sich nur aus Reflex bewege. Hätte der Hummer keine Nervenschmerzfähigkeit, wäre dieser rechtsdogmatische Lehrsatz ohne weiteres zwecklos.⁴⁵⁵ Jedoch ist durch neue wissenschaftliche Experimente nachgewiesen, dass die Garnele die Nervenschmerzfähigkeit hat, denn wenn die Essigsäure auf die Antenne der Garnele aufgetragen wird, wird die Garnele mit frischem Meerwasser ihre Antenne striegeln; aber wenn zunächst das Benzocain, das die Depolarisation der Nervenzellen und damit die Nervenschmerzen verhindert, und danach die Essigsäure auf die Antenne der Garnele aufgetragen werden, findet das Striegeln der Garnele nicht mehr statt.⁴⁵⁶ Diese Ergebnisse sind ein sehr starker Beweis, dass der lebende Hummer, der mit der Garnele zu gleicher Familie gehört, die Nervenschmerzfähigkeit hat. Daraus ergibt sich, dass der oben genannte rechtsdogmatische Lehrsatz aus Sicht der Naturwissenschaft zweckmäßig ist.

Als ein anderes Beispiel dient die von Erwin Deutsch aufgestellte Lehre über die Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 II BGB, danach sei die Fahrlässigkeit als das Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt bezeichnet.⁴⁵⁷ Die äußere Sorgfalt bestehe im sachgemäßen Verhalten, das entweder von der tatbestandlichen Verhaltensnorm gesetzt sei oder sich aus dem für das Rechtsgut erforderlichen Umgang ergebe und dann das Höchstmaß an äußerer Sorgfalt darstelle.⁴⁵⁸ Die innere Sorgfalt bestehe in einem intellektuell-emotionalen Vorgang, der aus zwei Teilen zusammengesetzt sei; die eine Hälfte richte sich auf Erkenntnis der Norm und ihrer Tatbestandsmerkmale, die andere Hälfte auf die geistig-seelische Einrichtung in das norm- bzw. sachgemäße Verhalten.⁴⁵⁹ Da es eigentlich kaum vorkomme, dass bei Verletzung der äußeren Sorgfalt die innere Sorgfalt eingehalten sei,⁴⁶⁰ indiziere in der Regel die Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt die Verletzung der inneren, und der Schädiger solle beweisen, dass er die innere Sorgfalt nicht verletze.⁴⁶¹ Aus pragmatischer Sicht gehöre die Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt zur Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit, und die Verletzung der inneren Sorgfalt als Zurechnung gehöre zum Verschulden.⁴⁶²

⁴⁵⁴ VG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2017 – 24 K 188.14, Rn. 57 ff.

⁴⁵⁵ VG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2017 – 24 K 188.14, Rn. 56

⁴⁵⁶ Barr/Laming/Dick u.a., *Animal Behaviour* 75 (2008), 745 ff.

⁴⁵⁷ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, 468 f.; Deutsch, *AllgHaftungsR*, Rn. 390.

⁴⁵⁸ Deutsch, *AllgHaftungsR*, Rn. 385.

⁴⁵⁹ Ders., *AllgHaftungsR*, Rn. 387 f.

⁴⁶⁰ Ders., *Fahrlässigkeit*, S. 472.

⁴⁶¹ Ders., *AllgHaftungsR*, 391 f.; ders., *AcP* 202 (2002), 889, 910 f.; BGHZ 80, 186, 198 f.

⁴⁶² Erwin Deutsch vertritt also die Auffassung, dass in § 280 BGB durch das Einteilen der Sorgfalt in die innere und äußere die Unterscheidung zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden durchaus machbar sei. Deutsch, *AcP* 202 (2002), 889, 905 f. Im Deliktsrecht spricht er sicherlich nicht

Aus dem oben Ausgeführten lässt sich erkennen, dass die äußere Sorgfalt auf das rechtmäßige Verhalten gerichtet ist, das dann durch die objektive Sorgfaltsanforderung zu beurteilen ist, und die innere Sorgfalt auf das Können und das Wollen des Handelnden für das rechtmäßige Verhalten abstellt. Das Können des Handelnden ist aber in der Rechtspraxis in der Regel auf konkrete Umstände, unter denen sich der Handelnde befindet und ein normaler vernünftiger Akteur das sachgemäße Verhalten vornehmen zu vermag, und daher auch auf die objektive Sorgfaltsanforderung zurückzuführen. Das Wollen des Handelnden bezieht sich allerdings auf sein geistig-seelisches Motiv, und wirft die Frage auf, wie das Motiv des Handelnden, das pflichtwidrige Verhalten machen zu wollen, gemessen werden kann. In Betracht kommen zwei Arbeitswege zur Festsetzung des Wollens des Handelnden, nämlich der normative und positive Arbeitsweg. Bei der Rechtsanwendung ist sicherlich der normative Arbeitsweg in Anspruch genommen, d.h. es ist durch die Entscheidung des Richters festzusetzen, ob der Handelnde unter gegebenem Umstand die innere Sorgfalt verletzt. Aber diese Festsetzung des Richters beruht wieder auf dem konkreten beobachtbaren Verhalten des Handelnden unter gegebenem Umstand, und dessen Beschreibung ist vom Rechtsanwender selektiv nach bestimmten Gesichtspunkten vorgenommen und verweist unmittelbar auf den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab, der dann auf das rechtmäßige Verhalten bzw. auf die äußere Sorgfalt hinweist. Am Ende ist das Beurteilen der inneren Sorgfalt des Handelnden auf den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab zurückzuführen. Aus solchen Gründen gewinnt das Einteilen der Sorgfalt in die innere und äußere überhaupt erst die praktische Bedeutung und ist damit nicht sinnlos, nur wenn bei der Festsetzung des Wollens des Handelnden auf den normativen Arbeitsweg verzichtet wird und auf den positiven Arbeitsweg angewiesen ist.

Allerdings setzt der positive Arbeitsweg wieder eine wissenschaftliche Theorie, die das Wollen des Handelnden positiv messen kann, voraus. Es ist aber bedauerlich, dass trotz der Wissenschaftsfortschritte in Bereichen Gentechnik, Gehirnforschung und Neurowissenschaften die Wissenschaftler zurzeit weder bestimmen, ob der Mensch den freien Willen hat, noch eine systematische wissenschaftliche Theorie über die Messung des menschlichen Willens entwickeln können. Auf dieser Grundlage soll man auch auf den positiven Arbeitsweg zur Festsetzung der inneren Sorgfalt verzichten. Dies hat zur Folge, dass nur der objektive (äußere) Sorgfaltsmaßstab in der Rechtspraxis brauchbar ist und die dogmatische Lehre, dass die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt bezeichnet wird, nach dem aktuellen Technik- und Naturwissenschaftsstandard nicht realisierbar ist.

gegen die Lehre vom Handlungsunrecht, und um bei der sog. mittelbaren Rechtsgutverletzung die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden nach der Lehre vom Handlungsunrecht zu ermöglichen, bleibt nur ein Ausweg, die Rechtswidrigkeit an die äußere Sorgfalt und das Verschulden an die innere Sorgfalt anzuknüpfen. Vgl. auch *ders.*, AllgHaftungsR, Rn. 240.

c) Schritt III: die Bewertung nach positiver Ökonomik

Die Realisierung des Sachgehalts des rechtsdogmatischen Lehrsatzes in der realen Welt hat die Auswirkungen auf das Verhalten der betroffenen Akteure und ist mit ökonomischen Kosten verbunden. Aus der Rationalitätsannahme und dem Transaktionskostenparadigma ist erkennbar, dass der Akteur in der realen Welt unter gegebenem Umstand die solche Regelung wählt, die nicht nur aus der Sicht der Natur- und Technikwissenschaft zweckmäßig, sondern auch aus positiver Ökonomik kostengünstig ist. Wenn eine konkrete Regelung, durch die zwar der gewollte Zweck erreichbar ist, aber enorme Kosten oder Transaktionskosten herbeiführt, werden die betroffenen Akteure sehr wahrscheinlich auf diese Regelung verzichten. Selbst wenn diese Regelung – wie der verbindliche rechtsdogmatische Lehrsatz – mit dem staatlichen Zwangscharakter verknüpft ist, haben diese Akteure auch genügende Anreize, diese Regelung außer Acht zu lassen. In diesem Zusammenhang kann der rechtsdogmatische Lehrsatz in Anlehnung der positiven Ökonomik bewertet werden, dabei geht es – wie der Komparativismus aufweist – um den Vergleich der konkurrierenden rechtsdogmatischen Lehrsätze in Bezug auf ihre sozial-realistische Verwirklichungsmöglichkeiten, dieser Vergleich ist mithilfe der ökonomischen Ansätze durch den Kosten- bzw. Transaktionskostenvergleich durchzusetzen.

Man kann mithilfe der Ökonomik die Lehre des sog. subjektiven Sorgfaltsmaßstabs in Bezug auf ihre Realisierbarkeit in der realen Welt bewerten, hier wird nur ihre Anwendung auf das Deliktsrechtsbereich beschränkt. Wie vorher festgestellt, handelt es sich bei der Sorgfaltsanforderung im Deliktsrechtsbereich um die ex-ante und ex-post Auswirkung. Bei der ex-ante Auswirkung geht es um die Bestimmung, welche Sorgfaltsanforderung ex-ante von den betroffenen Akteuren einzuhalten ist, bei der ex-post Auswirkung um die Bestimmung der Umfänge der Rechtsgutsverletzungen, die vom Schädiger ex-post zu ersetzen sind.⁴⁶³

Die ex-ante Auswirkung kann nur erreicht werden, wenn die betroffenen Akteure vorher in Kenntnis nehmen, welche Faktoren bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit in die Sorgfaltsanforderung mit einzubeziehen sind, und welche Faktoren dabei außer Acht gelassen werden. Dies ist in der realen Welt in vielen Bereichen unmöglich, wenn man auf den vollständigen subjektiven Sorgfaltsmaßstab abstellt, z.B. im Straßenverkehr ist den Fahrern und den Passanten unmöglich, vor jeden Fahrten eine konkrete Regelung über die Fähigkeiten der Fahrer und der Passanten zu vereinbaren, denn dies geschieht nur in der Welt der Null-Transaktionskosten und führt in der realen Welt zu erheblichen Transaktionskosten. Es ist dann vorstellbar, dass bei der Geltung des vollständigen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes der Umfang der menschlichen Aktivitäten in erheblichem Maß eingeschränkt wird. Denn durch das Coase-Theorem ist aufzuweisen, dass die klare anfängliche Rechtszuordnung als die Voraussetzung der vertraglichen Rechtszuordnung gilt.⁴⁶⁴ Dies gilt natürlich für die

⁴⁶³ Siehe Kapitel 3, III 1. c) bb) Die Deliktsrechtspraxis als ein typisches Beispiel

⁴⁶⁴ Siehe Kapitel 3, III 1 b) cc) Die vertragliche Rechtszuordnung

Bestimmung der Sorgfaltsanforderung, und der vollständige subjektive Sorgfaltsmaßstab macht die vorherige Bestimmung der jeweiligen Sorgfaltsanforderungen der betroffenen Akteure in bestimmten Rechtsverkehren nach der Rechtsordnung entweder unmöglich oder erst möglich, nur wenn erhebliche Transaktionskosten hingenommen werden, und als rationale Handelnde werden diese Akteure überhaupt nicht an diesen Rechtsverkehren teilnehmen, sodass die faktische Geltung des vollständigen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs erheblich herabzusetzen ist.

Die Analyse der ex-post Auswirkung setzt also das Geschehen des Deliktsverhaltens voraus, der Fahrlässigkeitsmaßstab gilt als das Kriterium der Bestimmung des Verschuldens des Schädigers. Falls der Schädiger nach dem Fahrlässigkeitsmaßstab verschulden ist, verpflichtet er sich zum Schadensersatz. Hinsichtlich der ex-post Auswirkung wird der vollständige subjektive Fahrlässigkeitsmaßstab auch zu sehr hohen Transaktionskosten führen, denn danach ist bei der Fahrlässigkeitsbestimmung stets auf die persönlichen Fähigkeiten des konkreten Handelnden abzustellen, so hat der Schädiger, um sich dem Schadensersatz zu entziehen, immer den ökonomischen Anreiz, innerhalb des subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs es zu beweisen, dass in diesem konkreten Fall die Vornahme des rechtmäßigen Verhaltens seine persönliche Fähigkeiten überfordert oder der Geschädigte hinsichtlich seiner persönlichen Fähigkeiten mitverschulden i.S.d. § 254 BGB ist. Der Geschädigte hat allerdings den entgegengesetzten Anreiz gegen den Schädiger, soweit er den Schadensersatz erlangen wollte. Solche Aktivitäten stellen sowohl für den Schädiger als auch für den Geschädigten reine ökonomische Verschwendungen dar, führen sehr wahrscheinlich zu der sog. ökonomischen Externalität.⁴⁶⁵ Obwohl nach der Deliktsrechtsordnung dem Geschädigten der Schadensersatzanspruch hätte zugebilligt werden sollten, verzichtet er aber wegen der hohen Transaktionskosten auf seinen Schadensersatzanspruch, der ggf. durch die Rechtsklage zu verwirklichen ist, die Regelung der vollständigen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs geht hinsichtlich der ex-post Auswirkung sehr wahrscheinlich in der realen Welt ins Leere.

Der deutsche Richter verwendet also niemals den sog. vollständigen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab. Aber durch die oben ausgeführte Analyse ist deutlich zu zeigen, dass aus ökonomischer Sicht der vollständige subjektive Fahrlässigkeitsmaßstab hinsichtlich der ex-ante Auswirkung das Aktivitätsniveau der betroffenen Akteure beschränkt und hinsichtlich der ex-post Auswirkung die hohen Transaktionskosten sowohl des Schädigers als auch des Geschädigten herbeiführt, deshalb hat dieser Maßstab in der realen Welt sehr geringe faktische Geltung und ist sowohl vom Schädiger als auch vom Geschädigten aufzugeben. Soweit der Rechtsanwender in Deutschland den Wunsch hat, dass § 276 BGB in der realen Welt faktisch gültig sein soll, wird er den Fahrlässigkeitsmaßstab objektiv situation- und fallgruppenbezogen gestalten.

⁴⁶⁵ Siehe Kapitel 3, III 2 b) bb) Die Folge des Überschreitens dieser Grenze

Die ökonomische Bewertung gilt auch für das oben gerade vorgestellte interessante Hummer-Urteil. Zur Konkretisierung der Schutzmaßnahmen für lebende Hummer i.S.d. § 2 Nr. 2 TierSchG, §§ 10, 12 TierSchlV hat das Bezirksamt Spandau von Berlin zunächst 15 Anordnungen gegenüber dem Hummerhandelsunternehmen gestellt, einige der 15 Anordnungen sind aber vom Gericht aufgehoben.⁴⁶⁶ Die vom Gericht für rechtmäßige gehaltenen Anordnungen sind aus ökonomischer Sicht leicht realisierbar in der realen Welt, z.B. die Ziffer 1 bis 3 Anordnungen besagen die Haltungsdichte der lebenden Hummer, sie sind konkret klar und leicht zu durchführen; die Ziffer 9 und 12 Anordnungen besagen, dass nicht vitale, beschädigte oder verletzte Hummer, und die Hummer, die mehr als 14 Tagen gehalten sind, sofort schmerzfrei zu töten sind, diese zwei Anordnungen sind nicht nur vom Handelsunternehmen mit niedrigen Kosten durchsetzbar, sondern auch verhindern die Informationskosten der Verbraucher beim Hummerkauf, deshalb werden sie aus ökonomischer Sicht sowohl vom Handelsunternehmen als auch von Verbrauchern befolgt.⁴⁶⁷ Dagegen sind die vom Gericht für rechtswidrig gewerteten Anordnungen aus ökonomischer Sicht schwer oder nur mit hohen Transaktionskosten durchsetzbar, insbesondere die Ziffer 11 Anordnung, nach der aggressive Hummer zu vereinzeln und vorrangig zu verkaufen sind, und die Ziffer 14 Anordnung, nach der die Abgabe lebender Hummer an Endverbraucher verboten und sie vor Abgabe tierschutzgerecht zu töten sind; aufseiten der Verbraucher hindern diese zwei Anordnungen die Freiheit der Hummerkonsum: als Endverbraucher wäre das Kaufen der lebenden Hummer verboten, selbst wenn dieser Endverbraucher vorher verspräche, lebende Hummer tierschutzgerecht zu töten; aufseiten des Handelsunternehmens ist die Durchführung dieser zwei Anordnungen mit sehr hohen Transaktionskosten verbunden: bei jedem Hummerkonsum würde das Unternehmen vorher prüfen, welche Hummer aggressiv wären, ob der Käufer der Endverbraucher wäre, und lebende Hummer einzelnen töten. Wenn diese zwei Anordnungen für rechtmäßig gehalten wären, würden sie in der realen Welt sehr wahrscheinlich weder vom Unternehmen noch von Verbrauchern eingehalten.

Bei ökonomischer Bewertung der in diesen oben zwei Beispielen in Betracht gezogenen rechtsdogmatischen Lehren wird ausschließlich die positive Ökonomik verwendet, und es gibt keine Rede über die sog. soziale Wohlfahrt und die sog. Effizienz. Daraus ist erkennbar, dass es durchaus möglich ist, die Werturteilproblematik bei der Rechtsanwendung nur durch die positive Ökonomik zu bearbeiten. Wenn man daran denkt, dass die Durchsetzung des Sachgehalts des Werturteils, die nach dem aktuellen Natur- und Technikwissenschaftsstandard unmöglich ist, aus der ökonomischen Sicht auch mit unmessbaren Kosten verbunden ist, kann man zur Bearbeitung des Werturteils bei der Rechtsanwendung einen einheitlichen Ansatz formulieren, die einfach die wissenschaftliche Ökonomik darstellt.

⁴⁶⁶ VG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2017 – 24 K 188.14

⁴⁶⁷ Das ist meiner Meinung nach die ökonomische Ursache, warum das Hummerhandelsunternehmen mit diesen Anordnungen einverstanden ist. VG Berlin, Urteil vom 15. Februar 2017 – 24 K 188.14, Rn. 41

III. Rechtsdogmatik als Realwissenschaft

Der Bewertung des rechtsdogmatischen Lehrsatzes mithilfe der Realwissenschaft liegt die Realisierbarkeitsprüfung des Lehrsatzes in der realen Welt zugrunde, dabei handelt es sich um soziale Wirkungszusammenhänge und Steuerungsfunktionen der Rechtsdogmatik, in diesem Zusammenhang ist die Rechtsdogmatik von Hans Albert deutlich als Sozialtechnologie genannt.⁴⁶⁸ Diese Auffassung spricht offensichtlich dafür, dass die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft bezeichnet werden kann, die in der Regel mit der empirischen Wissenschaft gleichgesetzt ist. Fraglich ist jedoch, ob im Kontext der deutschen Rechtswissenschaft die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft betrachtet werden kann, sodass die Bewertung der rechtsdogmatischen Lehrsätze mithilfe der Realwissenschaft möglich ist. Diese Frage wird in diesem Abschnitt bearbeitet.

1. Einwände gegen die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft

Es ist allerdings im deutschen Juristenkreis üblich diese Auffassung zu vertreten, dass die Rechtsdogmatik als eine Art der normativen Wissenschaft bezeichnet wird, bei der es sich nicht um empirisch beobachtbare Gehalte, sondern um normativ zu geltende Gehalte handelt,⁴⁶⁹ es bestehe also im Rechtssatz die juristische Kausalität zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, die auf die normative Geltung abstelle und gänzlich unterschiedlich von der empirischen Kausalität sei.⁴⁷⁰ Vor diesem Hintergrund erheben sich vor allem drei Einwände gegen die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft: die Rechtsdogmatik gilt als die Textwissenschaft, das geltende Recht fordert die Begründung der juristischen Geltung, und für die Rechtspraxis gibt es keine einzig objektive richtige Entscheidung.

a) Rechtsdogmatik als Textwissenschaft

Die Rechtsdogmatik handelt von dem geltenden Recht, zu dem überwiegend die durch das Gesetzgebungsverfahren erlassenen Gesetze gehören. Der rechtsdogmatische Lehrsatz entsteht zunächst und vor allem beim Auslegungsverfahren der geltenden Gesetze. Der allgemeinen Meinung nach beschränkt sich die Gesetzesauslegung auf den möglichen Wortsinn des Gesetzes und darf nicht diese Wortsinnngrenze überschreiten.⁴⁷¹ Allerdings sind die Gesetze nicht lückenlos, und diese Lücken im Gesetz sollen bei der Rechtsanwendung durch die richterliche Rechtsfortbildung ausgefüllt werden.⁴⁷² Dies entspricht dem Art. 20 III GG, nach dem der Richter sowohl an das Gesetz als auch an das Recht gebunden ist, das Recht hier „ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch“. Gegenüber dem positiven Gesetz

⁴⁶⁸ Vgl. *Albert*, TrP 1978, S. 75–84.

⁴⁶⁹ Vgl. *Larenz*, MdR 1991, 195 ff.; *Müller/Christensen*, 2009, 204 f.

⁴⁷⁰ Vgl. *Engisch/Würtenberger*, Engisch et al. 2010, 73 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 24.

⁴⁷¹ *Larenz*, MdR 1991, S. 322–324; *Engisch/Würtenberger*, Engisch et al. 2010, 173 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, 38 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RT 2015, Rn. 734–737.

⁴⁷² *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 17 f.; *Larenz*, MdR 1991, 367 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RT 2015, Rn. 822 f.

kann „unter Umständen ein Mehr an Recht besteht“, das diese Wertvorstellungen darstellt, „die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind“.⁴⁷³ Die Rechtsfortbildung geht über den möglichen Wortsinn des Gesetzes hinaus und dient gerade zur Darlegung des nicht im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Sinngehalts.⁴⁷⁴

Bei der Rechtsanwendung dient der Gesetztext immer als Ausgangspunkt, und dessen Verstehen und Sinnvermittlung gehören zur Aufgabe des Gesetzesauslegung; selbst bei der Rechtsfortbildung muss zunächst die Lücke im Gesetzestext festgesetzt werden, und deren Ausfüllung bedarf höherer Begründung als bei der Gesetzesauslegung, sodass sie sich als Recht „im Sinne der geltenden Rechtsordnungen rechtfertigen lassen.“⁴⁷⁵ Der rechtsdogmatische Lehrsatz dient daher zur Erklärung des Gesetzestexts oder mit schwerwiegender Begründung zur Korrektur der lückenhaften Rechtsnormen im Gesetzestext, um die widerspruchlose Einheit der geltenden gesamten Rechtsordnung zu erreichen, und in diesem Sinne ist die Rechtsdogmatik als Textwissenschaft bezeichnet. Es gibt zurzeit vor allem zwei Arbeitsrichtungen der Rechtsanwendung, die auf die Rechtsdogmatik als Textwissenschaft abstellen, nämlich die semantische und die hermeneutische Arbeitsrichtung.

aa) Die semantische Arbeitsrichtung

Der semantischen Arbeitsrichtung liegt das deduktive Entscheidungsbegründungsmodell zugrunde, durch das sich der konkrete Rechtssatz gegenüber dem konkreten Fall gelten lasse.⁴⁷⁶ Die zunächst notwendigen Voraussetzungen dafür seien ein allgemeiner Rechtssatz, der zur Entscheidung stehende Sachverhalt und eine semantische Interpretation des Rechtssatzes, sodass eine Überbrückung der sprachlichen Kluft zwischen Gesetzeswortsinn und Sachverhaltsbeschreibung gelinge.⁴⁷⁷

Fraglich ist jedoch, wie dieser Gesetzeswortsinn zu bestimmen ist. Zwar entscheidet über die Bestimmung des Wortlautes „nicht das Gesetz, sondern die das Gesetz herangezogene Sprache“,⁴⁷⁸ aber die Sprache ist vom Sprecher durch das Sprachverhalten zum Ausdruck gebracht. Bei der Rechtsanwendung ist also die semantische Interpretation des Rechtssatzes vom Rechtsanwender vorzunehmen, beispielsweise gibt es unterschiedliche dogmatische Lehren über die Wortsinnfeststellung des Eigenschaftsirrums im § 119 II BGB, nach der von Larenz aufgestellte h.M ist der Eigenschaftsirrtum als der ausnahmsweise beachtliche Motivirrtum anzusehen,⁴⁷⁹ dagegen

⁴⁷³ BVerfGE 34, 287

⁴⁷⁴ Larenz, MdR 1991, S. 368; Koch/Rüßmann, Begründungslehre, S. 247–249.

⁴⁷⁵ Larenz, MdR 1991, S. 369; siehe auch in Zippelius, Methodenlehre, S. 54.

⁴⁷⁶ Vgl. Koch/Rüßmann, Begründungslehre, S. 48–58.

⁴⁷⁷ Koch, FS Wieacker, 1990, S. 69, 73–77.

⁴⁷⁸ Rüßmann, FS Wieacker, 1990, S. 35, 37.

⁴⁷⁹ Wolf/Neuner/Larenz, BGB AT, § 41 Rn. 51.

hält Flume solche Eigenschaften eines Gegenstandes oder einer Person für verkehrswesentlich, die schon bei dem Geschäft vorgestellt worden sind und allgemein an die rechtsgeschäftige Erklärung selbst anknüpfen,⁴⁸⁰ daher stellt sich der Eigenschaftsirrthum als die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten oder üblichen Soll-Beschaffenheit dar. In der Literatur finden sich die Verfechter sowohl der h.M.⁴⁸¹ als auch der a.M.⁴⁸², in der Rechtsprechungspraxis ist der Eigenschaftsirrthum nach den Fallgruppen zu gestalten, woraus allerdings bis jetzt kein einheitliches Kriterium für den Eigenschaftsirrthum induziert werden kann.⁴⁸³ Es scheint also, dass die semantische Bedeutungsfestsetzung des Eigenschaftsirrthums im § 119 II BGB unmöglich bestimmbar wäre und dann – von Neumann zu Recht kritisiert – „letztlich Wertungen des Rechtsanwenders“ ist, es kommt bei konkreten Fällen überhaupt die pragmatische Interpretation vor.⁴⁸⁴

Dagegen sprechen Koch und Rüssmann, bei der juristischen Entscheidungsbegründung gelte die pragmatische Interpretation nur als die Ermittlung des vom Rechtsanwender im konkreten Fall entschiedenen Gehalts; die semantischen Eigenschaften solches Gehalts, die als zureichende Gründe der Entscheidungen bewertet werden könnten, seien durch die semantische Festsetzung darzulegen, deswegen sei bei der Rechtsanwendung die Kooperation zwischen der pragmatischen und semantischen Interpretation gewünscht und erforderlich.⁴⁸⁵ Klatt geht von der These aus, es gebe ein intrinsischer Zusammenhang zwischen von Semantik und Pragmatik,⁴⁸⁶ die semantische Bedeutung eines Ausdrucks könne durch die sprachanalytische Diskurs erlangt werden, wo die Teilnehmer ihre eigene pragmatische Bedeutungen rechtfertigen und am Ende an einer bestimmten Bedeutung festhalten sollten,⁴⁸⁷ und in Bezug auf die Rechtsanwendung könne durch diese sprachanalytische Diskurs die semantische Grenze eines gesetzlichen Ausdrucks festgestellt werden, der die innerhalb der Sprachgemeinschaften intersubjektiv allgemein gültig sei.⁴⁸⁸

bb) Die hermeneutische Arbeitsrichtung

Im Gegensatz zur semantischen Arbeitsrichtung lehnt die hermeneutische Richtung den deduktiven Charakter der Rechtsanwendung ab, die Rechtsanwendung dürfe nicht als das Subsumtionsverfahren des Sachverhalts unter dem zu geltenden Rechts-

⁴⁸⁰ Flume, BGB AT 1992, § 24 2 b.

⁴⁸¹ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 416; Bork, BGB AT, Rn. 844; Palandt/Ellenberger, § 119 Rn. 23.

⁴⁸² Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 770; Staudinger/Singer, § 119 Rn. 88 ff.; MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rn. 111.

⁴⁸³ Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rn. 125 ff.; HKK/Schermaier, §§ 116-124 Rn. 69 ff.

⁴⁸⁴ Neumann, Argumentationslehre, 48 f.

⁴⁸⁵ Vgl. Koch/Rüßmann, Begründungslehre, S. 154–158.

⁴⁸⁶ Klatt, Wortlautgrenze, S. 127.

⁴⁸⁷ Vgl. ders., Wortlautgrenze, 147-154, 204 f.

⁴⁸⁸ Vgl. ders., Wortlautgrenze, S. 280–283.

satzes angesehen werden, sondern stelle auf ein gemischt deduktiv-induktive Vorgehen ab,⁴⁸⁹ wodurch der Sachverhalt und der Rechtssatz sich einander passten bzw. entsprächen.⁴⁹⁰ Es sei daher das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhalt und Rechtsnorm erforderlich, wodurch die Rechtsnorm in Richtung auf den Sachverhalt konkretisiert und der Sachverhalt in Richtung auf die Rechtsnorm bestimmt werde.⁴⁹¹ „Der Jurist faßt den Sinn des Gesetzes von dem gegebenen Fall her und um dieses gegebenen Falles willen. ... Der Sinn des Gesetzes wird ja in all diesen Anwendungen erst konkret.“⁴⁹² Die juristische Hermeneutik in Bezug auf die Rechtsanwendung bietet keine konkrete Auslegungsmethode an, sondern versucht, das eigentliche Entscheidungsverfahren des Rechtsanwenders klar zu machen.⁴⁹³

Angesichts der juristischen Hermeneutik sei das Vorverständnis die notwendige Bedingung für das Verstehen des Gesetzestexts.⁴⁹⁴ Denn das Vorverständnis beziehe sich nicht nur auf sprachliche Ausdrücke und die Begründungen in Gerichtsentscheidungen, sondern „ebenso auf die sozialen Zusammenhänge, auf die Interessenlagen, die Strukturen der Lebensverhältnisse, auf die sich die Rechtsnormen beziehen.“⁴⁹⁵ Ohne jegliche Vorverständnisse sei schwer eine Sinnerwartung des Gesetzestexts zu bilden,⁴⁹⁶ mit dieser Sinnerwartung werde „die Lösungsmöglichkeit von Konfliktfragen an jede zu interpretierenden Texte herangezogen“, es sei dann erkennbar, dass „diese Erwartung die Interpretationsmöglichkeiten begrenzt und erschließt.“⁴⁹⁷ Das Vorverständnis sei beim Verstehen des Gesetzestexts nicht festgestellt, es entstamme Lernprozess unterschiedlicher Art und könne bei der Rechtsanwendung bzw. beim Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Rechtsnormen und Sachverhalten bearbeitet, modifiziert und dann erhellt werden.⁴⁹⁸ So entstehe der hermeneutische Zirkel, er „ist weder subjektiv noch objektiv, ... er ist also überhaupt nicht ein >methodischer< Zirkel, sondern beschreibt ein ontologisches Strukturmoment des Verstehens.“⁴⁹⁹

Angesichts der juristischen Hermeneutik ist durch das Verstehen der Sinngehalt des Gesetzestexts zu erfassen. Das Verstehen des Sinngehalts beruhe einerseits auf einer vollkommenen Einheit von Sinn, die die Sinnerwartungen des den Gesetztext Lesenden leite.⁵⁰⁰ Dieser Einheitssinngehalt ist von Kaufmann als „Natur der Sa-

⁴⁸⁹ Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425, 431.

⁴⁹⁰ Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 89; Hassemer, ARSP 72 (1986), 195, 201.

⁴⁹¹ Larenz, MdR 1991, S. 207; Esser, VuMR 1972, 76 f.; Hassemer, ARSP 72 (1986), 195, 201.

⁴⁹² Gadamer, WuM, S. 331.

⁴⁹³ Esser, VuMR 1972, S. 9; Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425, 432.

⁴⁹⁴ Esser, VuMR 1972, 134 f.

⁴⁹⁵ Larenz, MdR 1991, S. 209.

⁴⁹⁶ Ders., MdR 1991, S. 207.

⁴⁹⁷ Esser, VuMR 1972, S. 136.

⁴⁹⁸ Vgl. Esser, VuMR 1972, S. 10; Hassemer, ARSP 72 (1986), 195, 210 f.

⁴⁹⁹ Gadamer, WuM, 297 f.

⁵⁰⁰ Ders., WuM, S. 299.

che“ genannt, in der sich Sein und Sollen begegnen und „Rechtsidee bzw. Gesetznorm und Lebenssachverhalte identisch sein müssen, damit zueinander 'in Entsprechung' gebracht werden können.“⁵⁰¹ Andererseits sei der Sinngehalt „immer auch durch die geschichtliche Situation des Interpreten mitbestimmt und damit durch das Ganze des objektiven Geschichtsganges.“⁵⁰² Bei der Rechtsanwendung bildeten die geschichtlichen Wirkungszusammenhänge einen Erwartungshorizont für den Rechtsanwender, dieser Horizont „repräsentiert das Rechtsverständnis ganzer gesellschaftlicher Gruppen“, und bestimme alle möglichen Vorstellungen über die Regelungsmuster mit, die „als ‚noch sinnvoll‘ scheinen“ lassen.⁵⁰³

Obwohl die juristische Hermeneutik das deduktive Entscheidungsmodell bei der semantischen Richtung abweist, zugesteht sie auch, dass sie „sich von sprachwissenschaftlichen Untersuchungen zur Kontextabhängigkeit der Sprache“ belehren lasse,⁵⁰⁴ die semantische Richtung biete also einen Schlüssel des Zugangs zur Verstehensfrage an.⁵⁰⁵ In Deutschland ist entweder die hermeneutische Richtung oder die semantische Richtung von den überwiegenden Juristen stillschweigend oder ausdrücklich befürwortet, die beiden Richtungen stellen auf die Rechtsdogmatik als Textwissenschaft ab und somit ist die Möglichkeit der Rechtsdogmatik als Realwissenschaft üblich unberücksichtigt.

b) Das Begründungsbedürfnis der juristischen Geltung

Bei der juristischen Geltung handelt es sich vor allem um zwei Fragen, was das zu geltende Recht ist und wie die Geltung solchen Rechts begründet wird, unabhängig davon, ob man am Rechtspositivismus oder Nichtrechtspositivismus festhält. Diese zwei Fragen gehören zu den grundlegenden Fragen der Rechtswissenschaft, über die weitverbreitete akademische Debatten zwischen Juristen und Philosophen stehen. Hier werden nur grundlegende Ideen des gegenwärtigen Rechtspositivismus und Nichtrechtspositivismus über die Antworten auf diese zwei Fragen vorgestellt, um es zu zeigen, dass die Begründung der juristischen Geltung von herkömmlicher Rechtswissenschaft gefordert wird.

aa) Der Rechtspositivismus

Zur Erklärung des Begriffs des zu geltenden Rechts ist im Rechtspositivismus weiter in zwei Perspektiven einzuteilen, nämlich in die Beobachter- und Teilnehmerperspektive. Die Beobachterperspektive bezieht sich auf die sozial-deskriptive Methode, danach wird das Recht als ein soziales Phänomen betrachtet, das von einem objektiven Beobachter erklärt werden kann. Angesichts der Beobachterperspektive be-

⁵⁰¹ Kaufmann, Analogie, S. 45.

⁵⁰² Gadamer, WuM, S. 301.

⁵⁰³ Esser, VuMR 1972, S. 137.

⁵⁰⁴ Hassemer, ARSP 72 (1986), 195, 202.

⁵⁰⁵ Esser, VuMR 1972, S. 134.

zeichnet sich das Recht als die Norm, die durch das staatliche Gesetzgebungsverfahren erlassen werde und mit einem staatlichen physischen Zwangsakt in Zusammenhang stehe.⁵⁰⁶ Die Setzung dieses Zwangsakts „soll dabei sowohl die generelle Anordnung bzw. Androhung eines Zwangsaktes als auch die individuelle Verhängung bzw. Vollstreckung eines Zwangsakts verstanden werden“,⁵⁰⁷ das Recht ermächtige ein bestimmtes Individuum, „gegen ein anderes Individuum einen Zwangsakt als Sanktion zu richten. Die von einer Rechtsordnung statuierten Sanktionen sind ... gesellschaftlich immanente, und ... gesellschaftlich organisierte Sanktionen.“⁵⁰⁸ Die Teilnehmerperspektive bezieht sich auf die Perspektive des Rechtsnormadressaten und fragt, wie das Recht von ihren Adressaten verstanden ist. Angesichts der Teilnehmerperspektive werde das illegale Verhalten nicht nur als die Basis der von der Rechtsordnung statuierten Sanktionen angesehen, sondern auch als die feindliche Einhaltung gegen die Rechtsadressaten,⁵⁰⁹ und das Recht stelle sich als der Standard bzw. die Ursache des Verhaltens des Akteurs dar, die sowohl zur Bewertung seines eigenen Verhaltens als auch zur Bewertung des Verhaltens der anderen Akteure dient.⁵¹⁰

Zur Bestimmung des Rechtsbegriffs geht der Rechtspositivismus von diesem Gedanken aus, dass man dazu nur die notwendigen Eigenschaften des Rechts neutral zu bestimmen braucht, um das Recht von anderen Normen, wie Sozial- und Moralnormen, zu unterscheiden. Er vertritt dann die Trennungsthese, dass es kein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral gibt, weil die Moralanforderung nicht imstande ist, das Recht von anderen Normen zu unterscheiden. Dies führt dazu, dass zur Begründung der juristischen Geltung nicht auf außerrechtliche Argumente angewendet werden darf, was von Alexy als interne Begründung der juristischen Geltung genannt ist.⁵¹¹ Angesichts des Rechtspositivismus könne der Geltungsgrund einer Rechtsnorm nur die Geltung einer anderen Norm sein, daher gelte eine Rechtsnorm als gültig, wenn sie zu ihrem Erlass direkt oder indirekt aus der Verfassung oder der Grundnorm autorisiert sei,⁵¹² oder wenn sie die Prüfung der Anerkennungsregeln bestehe.⁵¹³ Nach Kelsen sei die Grundnorm als höchst vorausgesetzte Norm, die den Geltungsgrund aller zu dieser Rechtsordnung gehörenden Normen darstelle, und der Geltungsgrund der Grundnorm könne daher nicht mehr gefragt werden,⁵¹⁴ da die Grundnorm für die Geltungsbegründung der anderen Rechtsnormen notwendig sei und nicht mehr durch andere Normen begründet werden könne, sei sie als transzendental-logische Voraussetzung der Rechtsordnung und als gedachte Norm

⁵⁰⁶ Vgl. Hoerster, WiR, S. 10–22; Kelsen, Rechtslehre, S. 34–38.

⁵⁰⁷ Hoerster, WiR, S. 12.

⁵⁰⁸ Kelsen, Rechtslehre, S. 35.

⁵⁰⁹ Hart, Concept, 89 f.

⁵¹⁰ Ders., Concept, 98 f.

⁵¹¹ Alexy, Begriff und Geltung, S. 143.

⁵¹² Kelsen, Rechtslehre, 196 f.; Hoerster, WiR, 52 f.; Hart, Concept, 102 f.

⁵¹³ Hart, Concept, 102 f.

⁵¹⁴ Kelsen, Rechtslehre, S. 197.

bezeichnet.⁵¹⁵ Hoerster und Hart vertreten die ähnliche Auffassung, dass die Verfassung als die höchsten Ermächtigungsnormen oder die Anerkennungsregeln deshalb gültig seien, weil angesichts der Teilnehmerperspektive sie existierten und von Normadressanten akzeptiert seien; jede Person, die eine Rechtsnorm für gültig halte, unterstelle und akzeptiere zugleich die Gültigkeit der Verfassung oder der Anerkennungsregeln.⁵¹⁶

bb) Der Nichtrechtspositivismus

Im Gegensatz zum Rechtspositivismus ist die Doppelnatur des Rechts vom Nichtrechtspositivismus vertreten, das Recht verweise notwendig sowohl auf eine reale als auch auf eine ideale Dimension.⁵¹⁷ Die reale Dimension des Rechts geht ebenfalls von der Beobachterperspektive aus, sie verweise auf „die durch autoritative Gesetzhalt und soziale Wirksamkeit definierte Positivität“ der Rechtsnormen.⁵¹⁸ Die ideale Dimension des Rechts geht auch von der Teilnehmerperspektive aus, aber im Unterschied zum Rechtspositivismus betont die ideale Dimension auf die Notwendigkeit des Richtigkeitsanspruchs des Rechts: Die Teilnehmer an einem Rechtssystem erhöhen „auf den verschiedensten Ebenen notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit“, ⁵¹⁹ deshalb müsse das Recht die Richtigkeitsanspruch erfüllen. „Wenn und insoweit dieser Anspruch moralische Implikationen hat, ist damit ein begrifflich notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral dargetan.“⁵²⁰ Auf dieser Grundlage ist vom Nichtrechtspositivismus die Verbindungsthese zu vertreten, dass der notwendige Zusammenhang zwischen Recht und Moral besteht. Der Richtigkeitsanspruch des Rechts sei weiter in zwei Ordnungen einzuteilen, nämlich den Anspruch auf die Rechtssicherheit und den Anspruch auf die substantielle Gerechtigkeit: das Recht solle sowohl an der Rechtssicherheit als auch an der substantiellen Gerechtigkeit anknüpfen.⁵²¹ Ob eine einzelne Gesetzesnorm als Recht gelte, sei nach der Radbruch-Formel zu beurteilen: in der Regel habe die Rechtssicherheit den Vorrang, die durch die Positivität der Rechtsvorschriften garantiert werde, aber die Rechtsvorschrift werde dann als „Unrecht“ beurteilt, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als >>unrichtiges Recht<< der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁵²²

Entsprechend der Doppelnatur des Rechts ist von Alexy behauptet, dass es dafür drei Arten Geltungsbegriffe gibt, nämlich der sozial-wirkliche, ethische und juristische

⁵¹⁵ Ders., Rechtslehre, S. 204–209.

⁵¹⁶ Hart, Concept, S. 107–110; Hoerster, WiR, 60 f.

⁵¹⁷ Alexy, Der Staat 50 (2011), 389.

⁵¹⁸ Ders., Der Staat 50 (2011), 389, 396.

⁵¹⁹ Ders., Begriff und Geltung, S. 69. Die Begründung der Notwendigkeit des Richtigkeitsanspruchs findet sich in: ders., Der Staat 50 (2011), 389, 390–392.

⁵²⁰ Alexy, Begriff und Geltung, 69 f.

⁵²¹ Ders., Der Staat 50 (2011), 389, 397 f.

⁵²² Radbruch, SJZ 1 (1946), 105, 107.

Geltungsbegriff.⁵²³ Der Geltungsgrund der Rechtsnormen bestehe darin, dass sie nicht nur durch das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß gesetzt sei, sondern auch ein Minimum an der sozialen Wirksamkeit und ein Minimum an der moralischen Rechtsfertigungsfähigkeit aufweise.⁵²⁴

Durch das oben Ausgeführte lässt sich erkennen, dass das Begründungsbedürfnis der juristischen Geltung sowohl vom Rechtspositivismus als auch vom Nichtrechtspositivismus gefordert wird. Es ist durch die Begründung der juristischen Geltung das Problem zu lösen, warum man am Recht binden soll, bzw. wie das Sollen des Rechts begründet werden kann. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei Realwissenschaft nur um den Sein-Satz, durch den das Sollen des Rechts nicht begründet werden kann.

c) Das Versagen der einzig objektiven richtigen Entscheidung

Angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus soll eine Disziplin als Realwissenschaft zwei Voraussetzungen nachkommen: die Annahme der Existenz der objektiven Wahrheit und die empirische Prüfbarkeit der Theorie; durch kritische empirische Prüfungen werden alte Theorien falsifiziert, neue Theorie aufgestellt und bestätigt, damit der Erkenntnisfortschritt und das Näherkommen der Wahrheit gelingen.⁵²⁵ In diesem Zusammenhang kann die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft angesehen werden, nur wenn für bestimmte Fälle oder Fallgruppe die einzig objektive richtige Antwort existiert und der bestimmte rechtsdogmatische Lehrsatz als vorläufige akzeptierbare Antwort möglicherweise durch die zukünftige Prüfung falsifiziert wird.⁵²⁶ Diese zwei Bedingungen sind nicht mit dem Arbeitsstil der herkömmlichen Rechtsdogmatik vereinbar: obwohl die einzig richtige Entscheidung von manchen Juristen behauptet wird, stellt sie keinesfalls die objektive Wahrheit im Sinne der Realwissenschaft dar; in der Rechtspraxis beschäftigt man sich nicht mit der Falsifizierung, sondern mit der Begründung der bestimmten rechtsdogmatischen Lehrsätze. Dies ist im Folgenden zu zeigen.

aa) Die einzig richtige Entscheidung von Dworkin

Die Existenz der einzig richtigen Entscheidung ist von Dworkin bejaht, und er nimmt sie als ontologische Existenz an, in der gerichtlichen Praxis könne diese einzig richtige Entscheidung von dem Superrichter Herkules erlangt werden.⁵²⁷ Selbst in schwierigen Fällen, wo wegen der Vagheit der Rechtsnormen der Richter den großen Spielraum der Auslegung habe, könne sich Herkules an den Rechtsprinzipien in der Rechtsordnung wenden, er konstruiere sowohl abstrakte als auch konkrete Rechts-

⁵²³ Alexy, Begriff und Geltung, S. 139.

⁵²⁴ Ders., Begriff und Geltung, 147 f., 151 f.

⁵²⁵ Siehe Kapitel 2, II 2 a) Die Zielsetzung der Wissenschaft

⁵²⁶ Neumann, Argumentationslehre, 39 f.; Eidenmüller, JZ 54 (1999), 53, 58 f.

⁵²⁷ Vgl. Dworkin, Rights, 279 ff.; Dworkin, Principle, 119 ff.

prinzipien, die im Einklang mit der Rechtsordnung ständen und als die Rechtfertigung sämtlicher konkreten Rechtsnormen gölten, für die schwierigen Fällen liege die einzig richtige Entscheidung vor, die kohärent mit diesen Rechtsprinzipien sei.⁵²⁸ Dies setzt aber voraus, dass sich alle gerichtlichen Entscheidungen und Rechtsprinzipien der Rechtsordnung zu einem Ganzen zusammenfügen,⁵²⁹ das setzt wiederum – wie Neumann zu Recht kritisiert – eine Gesellschaft voraus, „in der eine unterschiedliche Gewichtung von Rechtsprinzipien nicht möglich ist. Diese Voraussetzung ist für pluralistische Gesellschaften wenig plausibel.“⁵³⁰ Außerdem spricht Dworkin offensichtlich für die Kohärenztheorie der Wahrheit, sie ist eigentlich nicht die objektive Wahrheitsidee, sondern die subjektive Wahrheitsidee und verwechselt die Widerspruchsfreiheit mit der Wahrheit.⁵³¹ Obwohl die Falschheit der Entscheidung durch Inkohärenz aufgedeckt werden kann, stellt sich die Kohärenztheorie keineswegs als das Kriterium der Wahrheit dar.⁵³²

bb) Die einzig richtige Entscheidung von Alexy

Im Unterschied von Dworkin nimmt Alexy die These der einzig richtigen Entscheidung als die regulative Idee an,⁵³³ das bedeutet, dass die einzig richtige Entscheidung als anzustrebendes Ziel der Rechtspraxis methodologisch festgesetzt wird. Da Alexy für die juristische Diskurstheorie spricht, setzt er methodologisch fest, dass die einzig richtige Entscheidung das Ergebnis des bestimmten prozeduralen Diskurses sei.⁵³⁴ Aber das solche Ergebnis selbst stelle nicht das Wahrheitskriterium dar, denn er habe den vorläufigen Charakter und könne später widerlegt werden,⁵³⁵ vielmehr bilde die Durchführung der Prozedur gemäß den Diskursregeln das Richtigkeitskriterium der Diskurstheorie,⁵³⁶ sie setze die Urteilsmögens der Teilnehmer an der Diskursprozedur, gute von schlechten Gründen für substantielle Aussagen zu unterscheiden, voraus.⁵³⁷ Das Ergebnis der Diskursprozedur sei „weder nur subjektiv noch nur objektiv.“ „Es ist insofern subjektiv, als es durch Eigenschaften der Teilnehmer bedingt ist. Es ist insofern objektiv, als es einer diskursiven Überprüfung, ... standhalten konnte.“⁵³⁸

Obwohl angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus im Bereich der Realwissenschaft die objektive Wahrheitsidee auch als regulative Idee unterstellt wird,⁵³⁹ wird das vorläufige Ergebnis in der Realwissenschaft nicht durch

⁵²⁸ Dworkin, Rights, 115 ff.

⁵²⁹ Ders., Rights, S. 117.

⁵³⁰ Neumann, Wahrheit, S. 39.

⁵³¹ Popper, VuW 2009, S. 347.

⁵³² Popper, VuW 2009, S. 350; Neumann, Wahrheit, 28 f.

⁵³³ Alexy, Argumentation, 414 f.

⁵³⁴ Ders., RVD, 1995, S. 94, 95.

⁵³⁵ Ders., Argumentation, S. 358.

⁵³⁶ Ders., RVD, 1995, S. 109, 120.

⁵³⁷ Ders., RVD, 1995, S. 109, 120.

⁵³⁸ Ders., RVD, 1995, S. 109, 121.

⁵³⁹ Albert, TrP 1978, 44 f.

die Diskursprozedur begründet, sondern durch die empirische Prüfung bestätigt, deshalb ist die These der einzig richtigen Entscheidung im Sinne der Diskurstheorie ganz unterschiedlich von der im Sinne der Realwissenschaft. Daraus ergibt sich, dass mit der Anwendung der Diskurstheorie die Rechtsdogmatik nicht als Realwissenschaft angesehen werden kann.

cc) Die einzig richtige Entscheidung von Canaris

Neben Alexy nimmt Canaris auch die These der einzig richtigen Entscheidung als regulative Idee an, im Unterschied von Alexy stellt Canaris auf das Begründungsbedürfnis des einzelnen Richters nach seiner gerichtlichen Entscheidung ab.⁵⁴⁰ Canaris spricht deshalb für die These der einzig richtigen Entscheidung, weil seiner Meinung nach diese These plausibler als die Gegenposition ist: Die Rede, dass es für den konkreten Fall mehrere richtige Lösungen gebe und die Entscheidung des Richters hier nur auf seine Eigenwertung beruhe, sei gerade das Zeichen der Willkür;⁵⁴¹ die Rede, dass in unklaren Fällen der Richter den großen Spielraum habe und die Entscheidung des Richters hier nur auf seine Eigenwertung beruhe, sei gerade das Zeichen der Verwechslung der richterlichen Tätigkeit mit der gesetzgeberischen Tätigkeit, weil nur der Gesetzgeber „einen Spielraum für konstitutive Änderungen der Rechtslage“ habe.⁵⁴² Es gebe auf jede vom Richter zu beantwortende Frage grundsätzlich nur eine einzig richtige Antwort, denn „so können wir seine Stellung, die durch seine Verpflichtung zu strikter Neutralität geprägt ist, am besten begreifen, und so kann er selbst seiner daraus folgenden Aufgabe am besten gerecht werden.“⁵⁴³ Richtig sei „eine richterliche Entscheidung dann, wenn für sie bessere Argumente als für die Gegenansicht sprechen. ... wenn ein Übergewicht der Gründe besteht“.⁵⁴⁴

Darüber hinaus hat Canaris ein Falsifikationsmodell des rechtsdogmatischen Lehrsatzes entwickelt. Angesichts des kritischen Rationalismus kann die Theorie nur durch den Basissatz falsifiziert werden, der aus der empirischen Beobachtung entnommen ist und die Form „Es-gibt-Sätze“ hat. Obwohl es sich bei der Rechtsdogmatik um normative Aussage handelt, meint Canaris, dass sich das Falsifikationschema des kritischen Rationalismus „mutatis mutandis auch in der Jurisprudenz verwenden“ lässt.⁵⁴⁵ Seiner Meinung nach beruhe der juristische Basissatz auf den Normen, „die aus dem Gesetz oder mit den Mitteln der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung gewonnen werden“; wenn ein rechtsdogmatischer Lehrsatz im Widerspruch zu dem korrespondierenden Basissatz stehe, der sich bei der konsequenten Durchführung dieses Lehrsatzes ergebe, sei dieser Lehrsatz falsifiziert.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ Canaris, Richtigkeit, 1993, S. 23 ff.

⁵⁴¹ Ders., Richtigkeit, 1993, S. 23, 25 f.

⁵⁴² Ders., Richtigkeit, 1993, S. 23, 29.

⁵⁴³ Ders., Richtigkeit, 1993, S. 23, 41.

⁵⁴⁴ Ders., Richtigkeit, 1993, S. 23, 30.

⁵⁴⁵ Ders., JZ 48 (1993), 377, 386.

⁵⁴⁶ Ders., JZ 48 (1993), 377, 387 f.

Beispielsweise müsse nach der Erklärungstheorie die Scherzerklärung nämlich zumindest dann wirksam sein, wenn der Mangel der Ernstlichkeit für den Gegner verkannt sei, dies werde durch § 118 i.V.m. § 122 BGB ausgeschlossen, deshalb sei die Erklärungstheorie durch den direkt aus §§ 118, 122 BGB entnommenen Basissatz falsifiziert.⁵⁴⁷ Fraglich ist jedoch, wie der juristische Basissatz konkret erlangt wird. Canaris beruft sich dann auf das juristisch hermeneutische Verfahren, also auf das Vorverständnis und den hermeneutischen Zirkel. Das Vorverständnis habe „also stets nur den Charakter eines vorläufigen Vorgriffs auf eine Sinnerwartung“, und der hermeneutische Zirkel sei die Denkweise, „die durchaus mit Poppers Verfahren von ‚trial and error‘ verglichen werden kann“.⁵⁴⁸ Es scheint also, dass der juristische Basissatz beim Verstehen der Sinngehalte des geltenden Rechts unmittelbar aus dem Gesetz oder mithilfe der Rechtsfortbildung gewonnen würde.

Es ist dann erkennbar, dass die These der einzig richtigen Entscheidung von Canaris durch die kantische metaphysische Einsicht festgestellt ist und daher keine objektive Wahrheitsidee darstellt. Und sein Falsifikationsmodell bezieht sich auf die juristische Hermeneutik, hat daher im Unterschied vom Falsifikationsmodell des kritischen Rationalismus keine empirische Basis.

2. Rechtfertigung der Rechtsdogmatik als Realwissenschaft

Die Einwände gegen die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft beruhen meiner Meinung nach zumindest auf einer der drei fehlerhaften Ideen: die eindimensionale Tätigkeit der Rechtsdogmatik, der Gedanke der zureichenden Begründung und das Abschirmungsprinzip. Es ist bereits von Dreier nachgewiesen worden, dass die Rechtsdogmatik eigentlich die mehrdimensionale Disziplin darstellt, sie hat sowohl die semantisch-analytische Dimension, als auch die normativ-praktische und empirisch-soziologische Dimension.⁵⁴⁹ Die These, dass die Rechtsdogmatik allein als Textwissenschaft gilt, hat also die Mehrdimension der Rechtsdogmatik ignoriert. Dem Begründungsbedürfnis juristischer Geltung und dem Versagen der einzig richtigen objektiven Entscheidung liegt offensichtlich der Gedanke der zureichenden Begründung zugrunde, der schon vom kritischen Rationalismus als unbrauchbar erwiesen worden ist.⁵⁵⁰ Das Abschirmungsprinzip besagt, dass kein Zusammenhang zwischen empirischen und normativen Aussagen bzw. zwischen Wirksamkeit und Normativität steht, und führt offensichtlich dazu, dass die Begründung juristischer Geltung ausschließlich auf die Normalität der Rechtssätze angewiesen ist. Dieses Prinzip ist auch von manchen deutschen Juristen abgewiesen,⁵⁵¹ vielmehr ist vom kritischen

⁵⁴⁷ Ders., JZ 48 (1993), 377, 386.

⁵⁴⁸ Ders., JZ 48 (1993), 377, 390.

⁵⁴⁹ Dreier, RMI 1981, 1981, 22.

⁵⁵⁰ Siehe Kapitel 2, II 1 Fehler der klassischen Erkenntnislehre

⁵⁵¹ Starck, JZ 27 (1972), 609, 613 f.

Rationalismus das Brückenprinzip zu vertreten.⁵⁵² Wenn man auf diese drei fehlerhaften Ideen verzichtet, kann man durchaus die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft umgestalten, was im Folgenden zu zeigen ist.

a) Überprüfung statt Begründung juristischer Geltung

Entsprechend dem Gedanken der zureichenden Begründung wird die juristische Geltung vom Rechtspositivismus in der Regel dadurch begründet, dass normative Rechtsnormen direkt oder indirekt logisch aus der Grundnorm ableitbar seien, die dann als die zureichende Begründung der gültigen Rechtsnormen gelte. Um die Grundnorm zu begründen, beruft sich der Rechtspositivismus dann auf die metaphysische oder sozial-tatsächliche Existenz der Grundnorm, was angesichts des kritischen Rationalismus eigentlich den Abbruch des Begründungsverfahrens und die Berufung auf den Dogmatismus darstellt. Im Nichtrechtspositivismus hängt die Geltung der Rechtsnormen von ihrer moralischen Richtigkeit ab, dies lässt allerdings die Geltungsbegründung moralischer Anforderungen dahinstellt bleiben, was wieder den Abbruch des Begründungsverfahrens darstellt. Es lässt sich dann erkennen, dass die zureichende Begründung juristischer Geltung in eine Sackgasse gerät. In Realwissenschaften ist der Gedanke der zureichenden Begründung niemals erreichbar, geschweige in Rechtswissenschaft, deren Wissenschaftscharakter stets bezweifelt wird.

Es ist hier zu empfehlen, um das juristische Geltungsproblem zu lösen, auf den Gedanken der zureichenden Begründung zu verzichten und stattdessen das Prinzip der kritischen Prüfung einzuführen. Selbstverständlich kann eine Rechtsnorm als Sollen-Satz nicht durch einen anderen Sollen-Satz sachlich falsifiziert werden, aber sie kann durch einen Sein-Satz überprüft und falsifiziert werden, was sich aus dem Brücken-Prinzip des kritischen Rationalismus ergibt, d.h., die Gültigkeit der Rechtsnormen kann durch ihre realistische Wirksamkeit überprüft werden. Obwohl durch die faktische Geltung der Rechtsnormen nicht ihre juristische Geltung begründet werden kann, kann durch die faktische Nichtgeltung der Rechtsnormen ihre juristische Geltung durchaus bezweifelt werden. Durch die fehlende Wirksamkeit kann die Gültigkeit einzelner Rechtsnormen zwar nicht zu verneinen ist,⁵⁵³ aber die völlige Unwirksamkeit der Rechtsordnung kann die Gültigkeit dieser Rechtsordnung widerlegt werden;⁵⁵⁴ wenn eine einzelne Rechtsnorm dauerhaft sozial unwirksam bleibt, kann man auch behaupten, dass diese Rechtsnorm nicht mehr gültig ist.⁵⁵⁵ Es ist ebenfalls von Alexy behauptet, dass eben die einzelne Rechtsnorm, soweit sie juristisch gültig sein soll, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit aufweisen soll.⁵⁵⁶ Wenn man von der normativen Geltung der Rechtsnormen spricht, bedeutet das also zunächst, dass

⁵⁵² Die Kritik am Abschirmungsprinzip findet sich in: *Albert*, KVRP 2011, 19 f., 49 f.

⁵⁵³ *Hart*, Concept, 103 f.; *Hoerster*, WiR, 50 f.; *Kelsen*, Rechtslehre, S. 215–217.

⁵⁵⁴ *Kelsen*, Rechtslehre, 218 f.; *Alexy*, Begriff und Geltung, S. 144–146.

⁵⁵⁵ *Kelsen*, Rechtslehre, S. 220.

⁵⁵⁶ *Alexy*, Begriff und Geltung, 147 f.

„man einen Anspruch auf allgemeine Anerkennung konstatiert, ... der also faktisch erhoben und mehr oder minder erfolgreich durchgesetzt werden kann.“⁵⁵⁷

Es ist auch zugestanden, dass in der realen Welt die völlige soziale Unwirksamkeit einzelner Rechtsnormen nicht existiert, soweit diese Rechtsnormen mit dem staatlichen Zwangsakt verknüpft sind und der Staat die Macht zur Durchsetzung dieser Rechtsnormen besitzt. Beispielsweise kauft ein Akteur online ein juristisches Lehrbuch, das allerdings wegen der Druckfehler den Sachmangel i.S.v. § 434 I BGB aufweist. Dieser Akteur kann natürlich gem. § 439 I Alt. 2 BGB die Lieferung eines mangelfreien Lehrbuches fordern, aber wegen seiner Zeitknappheit wählt er, sein Gewährleistungsrecht nicht durchzusetzen. In diesem Fall liegt die faktische Geltung des § 439 BGB nicht vor, aber seine juristische Gültigkeit ist nicht versagt. Aus ökonomischer Sicht stellt sich die Rechtsnorm, die mit dem staatlichen Zwangsakt verbunden ist, stets als die Randbedingung bzw. die Restriktion des Verhaltens der Rechtsnormadressaten dar, sie hat daher immer zumindest die potenzielle Verhaltenssteuerungsfunktion. „Das heißt also, daß die Identifikation der betreffenden Normen und ihre Anwendung auf die betreffende Entscheidungssituation hier eine kausale Rolle spielen, kausale Relevanz haben muß.“⁵⁵⁸ Der Unternehmer, der als Online Händler den Verbrauchern das ökonomische Gut anbietet, verpflichtet sich gem. § 482a BGB, vor Vertragsschluss den Verbrauchern in Textform auf das Widerrufsrecht hinzuweisen; wenn er diese vorvertragliche Informationspflicht nicht erfüllt, kann der Verbraucher gem. § 356a IV BGB in der Regel im Zeitlauf von mehr als 14 Tagen nach dem Vertragsschluss noch das Widerrufsrecht ausüben. Als rationaler Handelnde wird der Unternehmer vor dem Vertragsschluss den Verbrauchern die Widerrufsbelehrung überlassen, was auch die Verhaltenssteuerungsfunktion der zivilrechtlichen Rechtsvorschriften zeigt.

Es gibt im Zivilrechtsbereich viele abdingbare Rechtsnormen, von denen die betroffenen Akteure durch vertragliche Absprache abweichen können. Dies wirft die Frage auf, ob diese abdingbaren Rechtsnormen auch als Restriktion des Verhaltens der Normadressaten anzusehen sind. Diese Frage ist bejaht, denn diese abdingbaren Rechtsnormen haben auch ihre sozialen Auswirkungsfunktionen, sie stellen also die Basis der vertraglichen Verhandlungen der betroffenen Akteure dar.⁵⁵⁹ Zugunsten der einen Partei und zur Belastung der anderen Partei kann natürlich durch vertragliche Absprache von der abdingbaren Rechtsnorm abgewichen werden, dies geschieht nur, wenn der Begünstigte gem. vertraglicher Vereinbarung dem Benachteiligten einzige Vorteile schenkt; ohne diese abdingbare Rechtsnorm wird der Begünstigte gar nicht auf seine eigene Vorteile verzichten. In der realen Welt kann der Unternehmer in Deutschland auch den Verbrauchern die Frist des Widerrufsrechts von mehr als 14 Tagen geben, als Ausgleich zahlen die Verbraucher in der Regel den

⁵⁵⁷ *Albert*, KrH 1994, S. 184.

⁵⁵⁸ *Ders.*, RaR 1993, 16 f.

⁵⁵⁹ *Kähler*, Kähler 2012, 163 f.

höheren Preis. Hier ist zwar vom § 355 II BGB abgewichen, aber ohne diese Rechtsvorschrift wird der Unternehmer sehr wahrscheinlich den Verbrauchern nur 5 Tage Widerrufsrechtsfrist schenken. Aus diesem Grund kann die abdingbare Rechtsnorm die Verhaltenssteuerungsfunktion haben.

Es ist dann von Hans Albert und Michael Baurmann diese Auffassung zu vertreten, dass die Rechtsnormen als soziale Tatsache anzusehen sind und daher immer potenzielle soziale Wirksamkeit bzw. faktische Geltung besitzen.⁵⁶⁰ Aus der ökonomischen Sicht verdient diese Auffassung die Zustimmung, weil die mit Zwangscharakter verbundenen Rechtsnormen stets als Restriktionen des Verhaltens der Rechtsnormenadressaten gelten und daher zumindest die potenzielle Verhaltenssteuerungsfunktion hat. Aber zur Begründung dieser Auffassung berufen sich Albert und Baurmann darauf, dass der „Begriff der faktischen Geltung auf den Willen von Normgebern zurückzuführen“ ist, sodass „das Sollen in einem Wollen verankert ist“.⁵⁶¹ Die Rechtsnorm sei deshalb als soziale Tatsache anzusehen, weil bestimmte Verhaltensweise, die auf das Wollen des Gesetzgebers zurückgeführt werden müsse, der Inhalt der Rechtsnorm sei, die aus den unmittelbar vom Normgeber geäußerten Vorschriften erst abgeleitet worden sei.⁵⁶² Meiner persönlichen Meinung ist diese Berufung weder schlüssig noch notwendig. Wie Neumann richtig kritisiert, lässt diese Berufung zwei Deutungsmöglichkeiten offen: Zum einen müsse der Normadressant psychologisch verständliche Gründe haben, dem Willen des Normgebers zu folgen, zum anderen lieferten diese Gründe ein Verbindungsstück, das die Kluft zwischen Sein und Sollen überspannen könne.⁵⁶³ Zur Begründung der faktischen Geltung der Rechtsnormen ist die Berufung auf das Wollen der Normgeber deshalb nicht schlüssig, weil weder der psychologische Befolgungswillen der Normadressaten noch der Willen der Normgeber empirisch bestimmbar oder überprüfbar sind, und weil es durchaus zweifelhaft ist, ob das Wollen der Normgeber die zureichende Begründung des Sollens der Rechtsnormen liefert oder liefern kann. Diese Berufung ist auch nicht notwendig, weil angesichts der wissenschaftlichen Ökonomik mit dem Zwangscharakter der Rechtsnormen bereits ihre potenzielle faktische Geltung bejaht wird.

Die Begründung der juristischen Geltung ist also eine unerreichbare Aufgabe und soll daher aufgegeben werden, sonst müsste man sich auf den Abbruch des Begründungsverfahrens bzw. auf den Dogmatismus berufen. Die angemessene Aufgabe ist dann die Überprüfung der juristischen Geltung, die angesichts des Brücken-Prinzips durch die Überprüfung der realistischen Geltung der Rechtsnormen durchzuführen ist. Denn die Rechtsnormen sind stets mit dem staatlichen Zwangsakt verbunden, sie gelten aus ökonomischer Sicht als Restriktionen des Verhaltens der Rechtsnormenadressaten und haben damit die potenzielle faktische Geltung. Die Überprüfung der juristischen Geltung bedeutet in diesem Zusammenhang die Untersuchung und die

⁵⁶⁰ Vgl. Albert, KrH 1994, S. 182; Baurmann, Baurmann 2000, S. 59–66.

⁵⁶¹ Albert, KrH 1994, S. 182; Baurmann, Baurmann 2000, S. 59.

⁵⁶² Baurmann, Baurmann 2000, S. 59.

⁵⁶³ Neumann, Neumann 2008, 2008, S. 318, 324 f.

Prüfung, wie umfangreich die Rechtsnormen von den betroffenen Akteuren in der realen Welt tatsächlich durchgesetzt werden, und mit welchen Bedingungen die Verhaltensweisen der Rechtsnormen von den betroffenen Akteuren tatsächlich gewählt werden können.

b) Rechtsdogmatik als Lösungsmuster

Basiert auf dem Gedanken, dass die Rechtsdogmatik nicht als Realwissenschaft, sondern als Textwissenschaft gilt, betonte der Jurist Kirchmann die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft und äußerte das berühmte Motto: „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“⁵⁶⁴ Diese Aussage ist hier nicht abzulehnen, abzulehnen ist aber die hinter dieser Aussage liegende Ansicht Kirchmanns über die Eigenschaften der Rechtsdogmatik, nach der der Gegenstand der Rechtswissenschaft der Gesetzestext ist.

Das Phänomen, ganze Bibliotheken würden zu Makulatur, geschieht ebenfalls in der Geschichte der Realwissenschaft. Neue Entdeckungen in der Physik, Chemie und Biologie dürften vorher veröffentlichte Lehrbücher wahrscheinlich zu Makulatur machen. Ein physischer Student in gegenwärtigem Deutschland wird in der Regel die Schriften Newtons über die klassische Gravitationstheorie und die Schriften von Leibniz über die Calculus nicht lesen. Der Programmierer, der vor 10 Jahren die Computertechnik studierte, soll sehr wahrscheinlich jedes Jahr neue Lehrbücher kaufen und neue Programme lernen. Wenn man der Ansicht Kirchmanns zustimmen würde, würde er auch sagen: „einige Entwicklungen der Realwissenschaften, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“ Kann man mit dieser Aussage die Wissenschaftlichkeit der Realwissenschaften zurückweisen? Diese Frage ist natürlich verneint, aber in gleichem Zusammenhang darf man auch nicht die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft behaupten, selbst wenn man das bemühte Motto Kirchmanns akzeptiert.

Wie in typischen Realwissenschaften, deren Aufgabe im Lösen der theoretischen und praktischen Probleme der physischen Welt besteht, besteht die Aufgabe der Rechtsdogmatik darin, die mitmenschlichen Probleme in der Gesellschaft zu lösen.⁵⁶⁵ Auch wie in typischen Realwissenschaften, wo Lehrtexte zum Klarmachen und Verbreiten der realwissenschaftlichen Erkenntnisse dienen, dient der Gesetzestext zu Lösungsmustern der zwischenmenschlichen Probleme in der Gesellschaft, wobei die Rechtsdogmatik als System von Sätzen diese Lösungsmuster klar gemacht wird. Der Fehler Kirchmanns besteht darin, „dass sie die gesetzlichen Regelungen nur in ihrer reinen Positivität, als ‚gesetzte‘, betrachten, nicht aber als mögliche Ant-

⁵⁶⁴ Kirchmann, Wertlosigkeit, S. 25.

⁵⁶⁵ Wieacker sagt zu Recht, die Aufgabe der Rechtsdogmatik „ist eine praktische, nicht eine übervernünftige: nämlich die rational einsichtige Lösung zwischenmenschlicher Konflikte.“ Wieacker, FS Gadamer, 1970, S. 311, 321.

worten auf Rechtsprobleme“, diese Probleme ergeben sich immer „aus den Möglichkeiten und Zwängen zwischenmenschlicher Beziehungen.“⁵⁶⁶ Aus ähnlichen Gründen ist von Kaufmann zu behaupten, dass der Gegenstand der Rechtswissenschaft „im letzten Grunde ... der Mensch als Person“ ist.⁵⁶⁷ Die Besonderheit der Rechtsdogmatik liegt darin, dass sie mehr Wert auf die durch die Sprache vorgenommene Auslegung des Gesetzestexts legt. Dies deutet allerdings nicht an, dass die Rechtsanwendung allein durch das Subsumtionsverfahren erfolgt. Vielmehr ist von juristischer Hermeneutik zu betonen, dass bei der Rechtsanwendung die schöpferische Tätigkeit stattfindet,⁵⁶⁸ und die semantische Arbeitsrichtung räumt auch das theologische Denken für die Festsetzung des semantischen Kerns der gesetzlichen Ausdrücke ein.⁵⁶⁹ Deshalb ist die Rechtsdogmatik eigentlich die „produktive“ Aktivität,⁵⁷⁰ sie zielt also auf die „gerechte“ Sozialordnung ab.

Vor diesem Hintergrund dient der rechtsdogmatische Lehrsatz also als Lösungsvorschlag zwischenmenschlicher Probleme, der sich aus dem geltenden Recht ergibt. Sein Ausgangspunkt ist eigentlich das durch den Gesetzestext zu lösende Problem, das unabhängig von dem Gesetzestext in der Gesellschaft existiert. Als Beispiel dient die dogmatische Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse, es wird durch diese Lehre das Problem zu lösen, ob im modernen Massenverkehr allein durch die Inanspruchnahme der vom Anbieter angebotenen Leistungen ein Vertrag zwischen Anbieter und Konsumenten zustande kommt, obwohl der Konsument vorher ausdrücklich erklärte, dass er trotz Entgegennahme der Leistung keinen Vertrag schließen will. Diese Frage hat der BGH im Hamburger Parkplatzfall unter der Berufung der Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse bejaht, daher verpflichtet sich der Autofahrer, der ständig sein Auto auf einem Gebührenpflichtigen Parkplatz abstellte und gleichzeitig erklärte, einen Vertrag nicht schließen zu wollen, zur Zahlung des Entgelts entsprechend dem Parkgeldtarif.⁵⁷¹

Die Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse ist heute abzulehnen, denn sie ist mit der grundlegenden Geschäftslehre unvereinbar, nach der der Vertrag erst durch Angebot und Annahme zustande kommen.⁵⁷² Außerdem könnte sie im Widerspruch des § 108 BGB stehen: der Minderjährige, der ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter die Leistung in Anspruch nimmt, wäre gem. der Lehre der faktischen Schuldverhältnisse zur Zahlung des Entgelts verpflichtet.⁵⁷³ Als einfacher Ausweg bietet sich die Lehre von der *protestatio facto contraria* an, sie orientiert sich an der

⁵⁶⁶ Larenz, MdR 1991, S. 242.

⁵⁶⁷ Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425, 442.

⁵⁶⁸ Esser, Methodik, 1972, S. 3, 9 f.; Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425, 431 f.; Larenz, MdR 1991, S. 315.

⁵⁶⁹ Koch/Rüßmann, Begründungslehre, 221 ff.

⁵⁷⁰ Albert, KrH 1994, S. 189.

⁵⁷¹ BGHZ 21, 319 ff.

⁵⁷² Brox/Walker, BGB AT, Rn. 194; Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 249; Bork, BGB AT, Rn. 744.

⁵⁷³ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 194; Bork, BGB AT, Rn. 744.

Erklärungsauslegung nach Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB) und besagt, dass die Erklärung des Geschäftsfähigen, die im Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten steht, unbeachtlich ist und mit der Inanspruchnahme der Leistung eine (konkludente) Willenserklärung zum Vertragsschluss angenommen wird. Als ein anderer Ausweg bietet sich die Berufung auf die Analogie der §§ 612, 632 BGB an, die zum gleichen Ergebnis wie die Lehre von der *protestatio facto contraria* führt.⁵⁷⁴ Es gibt auch die Gegenfassung, die mehr Wert auf den Grundsatz der Privatautonomie legt und somit das Zustandekommen der Schuldverhältnisse ablehnt, es kommen dann lediglich Bereicherungs- und Deliktsansprüche in Betracht, was den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse oder die Vertragsstrafe ablehnt.⁵⁷⁵

Ohne das in der realen Welt eingetretene Problem, ob im Massenverkehr das Schuldverhältnis nur mit Inanspruchnahme der Leistungen zustande kommen kann, braucht man sich nicht an unterschiedlichen rechtsdogmatischen Lehren zu wenden. Die Aufstellung der rechtsdogmatischen Lehrsätze hängt vor allem davon ab, dass in der realen Welt das durch die Rechtsordnung zu lösende zwischenmenschliche Problem vorliegt. Die Tatsache, dass die Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse heute aufgegeben ist, zeigt auch den hypothetischen Charakter der rechtsdogmatischen Lehrsätze, die in der Zukunft revidiert werden können. Im Gegensatz zu den theologischen und politischen Dogmatiken ist die Rechtsdogmatik keine juristische Ideologie, „vielmehr ist ihre Ideologisierung im Hinblick auf ihre praktische Aufgabe stets ein sicheres Zeichen ihrer Degeneration.“⁵⁷⁶ Angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus gehören das Problemlösen als Ausgangspunkt und der hypothetische Charakter der Theorie zu den wichtigsten Merkmalen der Realwissenschaften,⁵⁷⁷ als Problemlösungsmuster entspricht die Rechtsdogmatik daher der Realwissenschaftlichkeit.

Die Besonderheit der Rechtsdogmatik besteht darin, dass die sich aus der Rechtsdogmatik ergebenden Lösungsmuster im Einklang mit dem geltenden Recht stehen und stehen sollen. Dies widerspricht aber nicht der Anforderung an die Wissenschaftlichkeit, denn die wissenschaftlichen Theorien müssen innerhalb einer Disziplin miteinander widerspruchlos sein. Die Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse ist deshalb aufgegeben, weil sie mit der aktuellen Rechtsordnung unvereinbar ist, sie dient zwar zur Lösung eines praktischen Problems, aber führt zum Widerspruch mit dem § 108 BGB. Das Merkmal, dass die Rechtsdogmatik als System von Sätzen nicht im Widerspruch zu der aktuellen Rechtsordnung stehen darf, erfüllt gerade die Anforderung an den systematischen und widerspruchlosen Charakter der Wissenschaft. Die Rechtsdogmatik stellt einerseits auf das in der realen Welt zu lösende

⁵⁷⁴ *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 250.

⁵⁷⁵ *Köhler*, BGB AT, § 8 Rn. 29; *Jauernig/Mansel*, Vorbemerkungen § 145 - § 157 Rn. 20.

⁵⁷⁶ *Wieacker*, FS Gadamer, 1970, S. 311, 321. Der hypothetische Charakter der Rechtsdogmatik ist auch von Esser zu unterstützen, er nannte die Rechtsdogmatik als „tentative Formel“. *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 101.

⁵⁷⁷ *Popper*, VuW 2009, 179 f.; *Popper*, Framework, S. 157.

Problem ab und gilt daher als Lösungsmuster, andererseits fordert die Widerspruchlosigkeit dieser Lösungsmuster. Vor diesem Hintergrund hat Canaris betont, dass das System- und das Problemendenken nicht einander im Widerspruch stehen, „der Problemdenker das System, ... nicht gänzlich außer Acht lassen wird und umgekehrt der Systemdenker sich kaum je völlig den vom Problem ausgehenden Anregungen für eine Bereicherung oder Modifizierung des Systems verschließen dürfte.“⁵⁷⁸ Das Problemendenken und das Systemdenken garantieren also die Offenheit des Systems der rechtsdogmatischen Lehrsätze und lassen die weitere Entwicklung der Rechtsdogmatik ermöglichen,⁵⁷⁹ dafür gilt also das Wissenschaftsfortschrittschema des kritischen Rationalismus, nämlich das Verfahren „Problem-neue Theorie-neues Problem“.⁵⁸⁰

Soweit das zu lösende Problem durch die aktuelle Rechtsordnung mithilfe der rechtsdogmatischen Gestaltung gelöst werden kann, kann die Rechtsordnung unverändert bleiben. Wenn das neue Problem eintritt, das aber nicht durch die aktuelle Rechtsordnung gelöst werden kann, ist dann die Gesetzesänderung erforderlich. Als Beispiel dient § 241a BGB, nach dem „den Verbraucher im Falle bewusst unbestellt zugesendeter Waren oder Erbringung unbestellter Dienstleistungen keinerlei Verbindlichkeiten, weder Schadensersatz- noch Nutzungsherausgabeansprüche, treffen“.⁵⁸¹ Wenn das zu lösende Problem darin besteht, dass dem Verbraucher ohne vorherige Bestellung Waren geliefert oder Dienstleistungen erbraucht werden, kann sich der Verbraucher gem. §§ 823 I, 1004 BGB auf den Unterlassungsanspruch berufen, weil die Zusendung unbestellter Waren gem. § 3 UWG regelmäßig wettbewerbswidrig ist.⁵⁸² Wenn das zu lösende Problem darin besteht, dass bei unbestellten Waren oder Dienstleistungen der Verbraucher nicht mit vertraglichen Gegenleistungen belastet werden dürfte, kann sich der Verbraucher auf die allgemeinen Grundsätze über das Zustandekommen der Schuldverhältnisse berufen, weil das bloß Schweigen keine vertragliche Verbindlichkeit und damit keine Gegenleistungspflicht begründet. Soweit man nur die oben genannten zwei Probleme zu lösen braucht, ist das Erlassen des § 241a BGB nicht notwendig. Liegt darüber hinaus das Ziel darin, dass der Verbraucher von jedem Schadenersatz- und Nutzungsherausgabeanspruch der Versender befreit werden kann, ist das Inkrafttreten des § 241a BGB aber jedenfalls notwendig.

Natürlich bringt § 241a BGB neue Probleme, die zu lösen sind, z.B. wie sich § 241a BGB bei irrtümlicher Aliud-Lieferung mit dem § 434 III BGB und mit dem Vindikationsanspruch aus dem § 985 BGB verhält. Aber wie jede Entwicklung in Realwissenschaften, die unbedingt neue zu erklärende und zu lösende Probleme bringt,

⁵⁷⁸ Canaris, SuS 1983, S. 139.

⁵⁷⁹ Ders., SuS 1983, S. 62.

⁵⁸⁰ Popper, OE 1993, S. 252–255; siehe auch Kapitel 2, II 2 b) Die Methodologie der Wissenschaft im Lichte vom kritischen Rationalismus

⁵⁸¹ BT-Drucks. 14/2658, 23 f.

⁵⁸² Staudinger/Olzen, § 241a Rn. 10.

gehört es dann zur Aufgabe der Rechtsdogmatik, neue rechtsdogmatische Lehrsätze zum Lösen solcher neuen Probleme aufzustellen, sodass die Anforderung an die systematische Widerspruchlosigkeit bezüglich der Rechtsordnung erfüllt werden kann.

Die Rechtsdogmatik steht im Einklang mit den typischen Realwissenschaften also in diesem Sinne, dass sie als die Lösungsmuster der mitmenschlichen Probleme den hypothetischen Charakter hat, dass sie als System von Sätzen die Widerspruchlosigkeit fordert, und dass sie stets vom Lösen der mitmenschlichen Probleme ausgeht, die unabhängig von der Einschränkung des Gesetzestexts in der realen Welt existieren.

c) Die einzig objektive richtige Entscheidung als regulative Idee

Die These der einzig richtigen Entscheidung als regulativer Idee ist schon von manchen deutschen Juristen vertreten, aber sie verneinen die Objektivität dieser einzig richtigen Entscheidung und berufen sich daher auf die kantische metaphysische Begründung. Wie erwähnt, wenn man sich auf das Abschirmungs-Prinzip verzichtet, kann man die Wissenschaftlichkeit der Rechtsdogmatik mithilfe der Nachbarwissenschaften gegründet werden, und daher kann die These der einzig objektiven richtigen Entscheidung, wie in anderen Realwissenschaften, als regulativer Idee problemlos methodologisch angenommen werden. Denn der rechtsdogmatische Lehrsatz gilt als die praxisbezogene Lehre, und ihre Anwendung bringt unbedingt soziale Auswirkungen. Für den Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik kommt es dann darauf an, ob der bestimmte rechtsdogmatische Lehrsatz zum Lösen der zwischenmenschlichen Probleme leistungsfähig ist, oder ob dieser Lehrsatz durch ihre Leistungsfähigkeit überprüfbar ist.⁵⁸³ Die Frage, welche Probleme zu lösen sind, hängt sicherlich von den zu erreichenden Wertgesichtspunkten ab.⁵⁸⁴ Wenden wir die Problematik zurück, ob im Massenverkehr durch die reine Inanspruchnahme der Leistung das Zustandekommen der Schuldverhältnisse bejaht wird. Stellt man auf die Verkehrssicherheit und das Treu und Glauben ab, wird er die Lehre von der *protestatio facto contraria* oder von der Analogie der §§ 612, 632 BGB wählen; beharrt man dagegen auf der Privatautonomie, kommen dann nur Bereicherungs- und Deliktsansprüche in Betracht.

Legt man die bestimmten Wertgesichtspunkte als invariable Faktoren fest, ist dann zu prüfen, ob die bestimmte rechtsdogmatische Lehre dazu fähig ist, die Sachgehalte dieser Wertgesichtspunkte in der realen Welt zu erreichen. Die Sachgehalte der Wertgesichtspunkte stellen stets das bestimmte Verhalten der betroffenen Akteure unter gegebenem Umstand dar, für ihre Erreichung ist daher die Verwendung nomologischen Wissens über das menschliche Verhalten erforderlich. Da die wissenschaftliche Ökonomik als Wissenschaft der Erklärung menschlichen Verhaltens gilt,

⁵⁸³ *Canaris*, JZ 48 (1993), 377, 384.

⁵⁸⁴ *Canaris*, JZ 48 (1993), 377, 384; *Larenz*, MdR 1991, S. 242.

ist also die wissenschaftliche Ökonomik in der Lage, zu beurteilen, ob die in Betracht gezogene rechtsdogmatische Lehre zur Erreichung der Sachgehalte der bestimmten Wertgesichtspunkte zweckmäßig ist. In diesem Sinne ist von Hans Albert die Rechtsdogmatik als eine sozialtechnologische Disziplin aufzufassen, also „als Mittel sozialer Steuerung, die unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu betrachten und daher auf Grund ihrer möglichen Wirkungen auf das soziale Leben zu beurteilen sind,“⁵⁸⁵ dazu ist eine solche Wissenschaft erforderlich, die „auf Wirkungsanalyse abzielt, die in Frage kommenden sozialen Gesetzmäßigkeiten verwertet“,⁵⁸⁶ die von Hans Albert als die wissenschaftliche politische Ökonomie bezeichnet wird.⁵⁸⁷

Allerdings hinterlässt die Rechtsordnung wegen der Allgemeinheit der Rechtsnormen genügende Spielräume, so können in Bezug auf ein bestimmtes Praxisproblem unterschiedliche rechtsdogmatische Gestaltungen, die zur Erreichung unterschiedlicher Wertgesichtspunkte dienen, völlig mit der Rechtsordnung vereinbar sein.⁵⁸⁸ Vertritt man die These der einzig objektiven richtigen Entscheidung, muss er eine wissenschaftliche Methode zum Auswählen unterschiedlicher rechtsdogmatischen Lehren herausfinden. In Betracht kommt also auch die wissenschaftliche Ökonomik, die zur Vorhersage der Entscheidung der betroffenen Akteure in bestimmten Raum-Zeit-Gebieten fähig ist. Wenn unterschiedliche rechtsdogmatische Lehrsätze auf dem Spiel stehen, ergibt sich aus der Rationalitätsannahme und dem Paradigma der Transaktionskosten, dass von den betroffenen Akteuren stets solche Lehrsätze gewählt werden, die zum Eigeninteresse dieser Akteure die kleinsten Transaktionskosten unter gegebenem Umstand erbringen. Denn die rechtliche Regelung, die den Eigeninteressen des Akteurs widerspricht oder zu hohen Transaktionskosten führt, zwingt die betroffenen Akteure dazu, diese Regelung unwirksam zu machen und eine andere Regelung zu vereinbaren. Diese Analyse setzt sicherlich es voraus, dass unter gegebenem Umstand eine einzig objektive richtige rechtsdogmatische Lehre existiert, die den Eigeninteressen der betroffenen Akteure entspricht und die kleinsten Transaktionskosten erbringt. Dies entspricht auch dem Gedanken der Überprüfung der juristischen Geltung der Rechtsnormen, die durch die faktische Geltung dieser Rechtsnormen vollzuziehen ist. Denn die faktische Gültigkeit der Rechtsnormen in der Rechtspraxis dadurch erreicht wird, dass die konkrete rechtliche Regelung, die durch den bestimmten rechtsdogmatischen Lehrsatz dargestellt und aus dieser Rechtsnorm abgeleitet ist, von den betroffenen Akteuren einhalten.

Die Überprüfung der unterschiedlichen rechtsdogmatischen Lehren unter Berücksichtigung der Eigeninteressen der individuellen Akteure ist nicht neu. Es ist schon zuerst von Norbert Hoerster, und dann von Armin Engländer vorzunehmen, die moralischen Anforderungen durch die Zurückführung auf die Eigeninteressen der individuellen Akteure in der Gesellschaft zu begründen, wobei auch das ökonomische

⁵⁸⁵ Albert, KrH 1994, S. 188; siehe auch *ders.*, TrP 1978, S. 75–80.

⁵⁸⁶ Albert, KrH 1994, S. 194.

⁵⁸⁷ *Ders.*, TrP 1978, S. 81–86.

⁵⁸⁸ *Ders.*, KVRP 2011, 178 f.

Bedenken in Anspruch genommen wird.⁵⁸⁹ Wie die klassischen Politikphilosophen, gehen sie von der These aus, dass die sämtlichen Akteure in einer Gesellschaft gemeinsam einige grundlegende Interessen haben sollten,⁵⁹⁰ diese Interessen sind von ihnen – wenn ich mich nicht irre – als Axiom einer Gesellschaft betrachtet, und durch deduktive Ableitungen solcher grundlegenden Eigeninteressen wird eine gesellschaftliche Vertragstheorie entwickelt, die solche grundlegende Eigeninteressen der Akteure in einer Gesellschaft erfüllen kann.⁵⁹¹

Im Gegensatz dazu ist hier die einzig objektive richtige Entscheidung als regulative Idee methodologisch angenommen und die direkte Begründung der Wertgesichtspunkte aufgegeben. Dies entspricht der Zielsetzung der Realwissenschaft, wo die objektive Wahrheit stets als regulative Idee angesehen ist und das Näherkommen der Wahrheit als Ziel der Realwissenschaft eingesetzt ist. Die Objektivität der einzig richtigen Entscheidung schließt also nicht die Weiterentwicklung der Rechtsdogmatik nicht aus, vielmehr fördert sie die rationale Diskussion über weitere Wertgesichtspunkte und weitere rechtsdogmatische Lehren,⁵⁹² sodass ein Näherkommen der richtigen Entscheidung ermöglicht wird. Außerdem ist von Hans Albert betont, dass der Ausgangspunkt einer rationalen Lösung der zwischenmenschlichen Probleme „niemals ein soziales Vakuum sein kann, in dem sich beliebige Ideale verwirklichen lassen.“⁵⁹³ Die rationale Lösung muss also „das institutionelle Gerüst berücksichtigen“, weil es „den notwendigen Ausgangspunkt für alle Änderungsversuche“ bildet.⁵⁹⁴ In diesem Zusammenhang gelten das geltende Recht und das aktuelle Wissenschaftsstandard als Beschränkungen möglicher rechtsdogmatischen Gestaltungen, und die Rechtsdogmatik dient sehr passend als die von Karl Popper genannte „piecemeal social engineering“, durch die das ständige Näherkommen der einzig objektiven richtigen Entscheidung erreicht wird.

IV. Die Auswahlmethode

Die Rechtsdogmatik kann also als Realwissenschaft betrachtet werden, dazu soll man auf die zureichende Begründung juristischer Geltung verzichten und stattdessen die Überprüfung der faktischen Geltung der Rechtsnormen mithilfe der wissenschaftlichen Ökonomik vornehmen. Auf dieser Grundlage hindert die Bindung am geltenden Recht nicht die Wissenschaftlichkeit der Rechtsdogmatik, sondern stellt die Anforderung an die rechtsdogmatischen Lehrsätze, dass diese Lehrsätze der aktuellen Rechtsordnung nicht widersprechen dürfen. Nimmt man die aktuelle Rechtsordnung als invariable Faktoren an, dann kann gegenüber einem bestimmten Praxisproblem die Existenz der einzig objektiven richtigen Entscheidung als regulativer

⁵⁸⁹ Hoerster, *Moral begründen*, 94 ff.; *Engländer*, *Rechtsquelle*, 157 ff.

⁵⁹⁰ Hoerster, *Moral begründen*, 99 f.; *Engländer*, *Rechtsquelle*, S. 163.

⁵⁹¹ Hoerster, *Moral begründen*, S. 101–109; *Engländer*, *Rechtsquelle*, S. 164–174.

⁵⁹² Albert, *KrH* 1994, 195 f.

⁵⁹³ *Ders.*, *AuS* 1976, S. 30.

⁵⁹⁴ *Ders.*, *AuS* 1976, S. 30.

Idee bejaht werden und die Überprüfung der verfügbaren rechtsdogmatischen Lehrsätze als Mittel zum Näherkommen dieser richtigen Entscheidung gelten. Das Werturteil, das im rechtsdogmatischen Lehrsatz enthält, kann auch angesichts der Methodologie des kritischen Rationalismus, insbesondere anhand wissenschaftlicher Rechtsökonomik, behandelt werden. Auf dieser Grundlage ist dann ausführlich zu erklären, wie der angemessene rechtsdogmatische Lehrsatz mithilfe wissenschaftlicher Rechtsökonomik ausgewählt wird.

1. Transaktionskostenminimierung als Auswahlkriterium

Die Rechtsanwendung gilt also aus Sicht der Rechtsökonomik als die Bestimmung der Rechts- und Pflichtzuordnungen zwischen den betroffenen Akteuren. Solange eine bestimmte Verhaltensbefugnis als subjektives Recht festgestellt und dann zuzuordnen ist, ist ihre Transaktionsrente bei Null-Transaktionskosten auch festgelegt.⁵⁹⁵ Die Transaktionskosten bewirken also die Auflösung der Transaktionsrente.⁵⁹⁶ Die Transaktionskostenminimierung entspricht der Eigeninteressesmaximierung des Akteurs, denn durch die ersparten Transaktionskosten können die betroffenen Akteure mehr Transaktionsrente erlangen. Vor diesem Hintergrund ist die ökonomische Analyse des Rechts bei der Rechtsanwendung vor allem auf die Analyse der Transaktionskosten unterschiedlichen dogmatischen Lehren gerichtet. Es wird hier diese Frage bearbeitet, ob die Transaktionskostenminimierung als Ziel bzw. Kriterium der Auswahl der rechtsdogmatischen Lehrsätze dienen kann.

a) Transaktionskostenminimierung zugunsten der faktischen Geltung

Es ist vorher festgestellt, dass die Rechtsnormen, soweit sie juristisch gültig sind, nach der faktischen Geltung in der realen Welt strebt. Dass der rechtsdogmatische Lehrsatz aus dem geltenden Recht logisch ableitbar ist, kann nicht garantieren, dass durch seine Anwendung auf die betroffenen Fälle die betroffenen Rechtsnormen tatsächliche Wirkungszusammenhänge auf betroffene Akteure ausüben.⁵⁹⁷ Es ist also durch die positive Rechtsökonomik zu prüfen, ob die sich aus dem bestimmten dogmatischen Lehrsatz ergebene Regelung von den betroffenen Akteuren in der realen Welt tatsächlich befolgt wird, sodass die faktische Geltung der bestimmten Rechtsnormen verwirklicht wird.

Aus dem Transaktionskostenparadigma ergibt sich, dass die Rechtszuordnungsweise, die von betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand tatsächliche gewählt und befolgt ist, stets diese Weise darstellt, die unter diesem Umstand die kleinsten Transaktionskosten erbringt und daher als das restriktive Minimum der Transaktionskosten gilt.⁵⁹⁸ Zwar haben die Rechtsnormen den staatlichen Zwangscharakter und

⁵⁹⁵ Siehe Kapitel 3, III 2 a) bb) Die Property-Right-Version der Transaktionskosten.

⁵⁹⁶ Siehe Kapitel 3, III 2 b) aa) Die Transaktionsrente als die hinzunehmende Grenze.

⁵⁹⁷ *Albert*, RaR 1993, S. 14.

⁵⁹⁸ Siehe Kapitel 3, III 2 c) bb) Das Paradigma der Transaktionskosten und cc) Die Erkenntnisleistung des Transaktionskostenparadigmas.

somit die potenzielle faktische Geltung,⁵⁹⁹ aber die betroffenen Akteure in der realen Welt haben genügend Freiheit und genügend Anreize, durch irgendwelche vertragliche Rechtszuordnungen solche rechtliche Regelungen außer faktischer Geltungskraft zu setzen, weil diese Regelungen zu hohen Transaktionskosten führen und somit die Erreichung der Transaktionsrente hindern. Um die faktische Geltung der Rechtsnormen in der realen Welt zu verwirklichen, ist dann immer dieser rechtsdogmatische Lehrsatz auszuwählen, der unter gegebenem Umstand im Vergleich mit anderen konkurrierenden rechtsdogmatischen Lehrsätzen das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt.

Das Gleiche gilt für abdingbare Rechtsnormen im Zivilrechtsbereich. Die bestimmte abdingbare Rechtsnorm gilt als die anfängliche Zuordnung der jeweiligen Rechts- und Pflichtgrenzen der betroffenen Akteure. Die Abweichung dieser Rechtsnorm impliziert, dass die eine Partei dadurch einige zusätzliche Rechtsgüter erlangt, die vorher nach dieser Rechtsnorm der anderen Partei zugebilligt worden sind. Sie erfolgt im konkreten Fall nur durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den beiden Parteien und ist definitionsgemäß als Förderung der beiden Interessen der Vertragsparteien anzusehen,⁶⁰⁰ denn ohne genügend Vergütung wird die andere Partei als rationaler Handelnde gar nicht auf diese nach dieser abdingbaren Rechtsnorm ihm zugehörige Rechtsgüter verzichten. Die faktische Geltung der abdingbaren Rechtsnormen ist dadurch gekennzeichnet, dass die betroffenen Akteure entweder diese Rechtsnormen einhalten und sich danach verhalten, oder sie die aus diesen Rechtsnormen entnommenen Rechtszuordnungen als Grundlage der späteren vertraglichen Verhandlungen einsetzen und dann davon abweichen. Dies hängt aber davon ab, dass die Geltendmachung der bestimmten rechtsdogmatischen Lehre, die zur Erklärung der Rechtszuordnungen der bestimmten abdingbaren Rechtsnormen dient, nicht zu hohen Transaktionskosten herbeiführt, sodass diese Kosten von den betroffenen Akteuren bei Transaktion bestimmter subjektiven Rechte realistisch hingenommen werden. Denn wenn die Geltendmachung der rechtsdogmatischen Lehre zu hohen Transaktionskosten führt, haben die betroffenen Akteure genügend Anreize, diese abdingbaren Normen zu ignorieren und einen anderen Ausgangspunkt zu finden; in diesem Fall weichen die Parteien nicht von diesen Normen ab, sondern ignorieren diese Normen und setzen sie außer faktischer Geltungskraft.

Beispielsweise können die Vertragsparteien gem. § 276 I BGB vertraglich vereinbaren, dass sich der Schuldner nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung oder auch bei verschuldensunabhängiger Pflichtverletzung zum Schadensersatz aus §§ 280 ff. BGB verpflichtet. Dies setzt aber davon aus, dass die beiden Parteien mit niedrigen Transaktionskosten diese Vereinbarung schaffen. Wenn diese betroffene Lehre über das Verschulden i.S.d. § 276 I BGB nicht klar oder schwer nachvollziehbar ist und deren Geltendmachung zu hohen Transaktionskosten führen wird, können die Vertragsparteien einfach die Regelung des § 276 I BGB vernachlässigen und dann selbst

⁵⁹⁹ Siehe dieses Kapitel, II 2 a) Überprüfung statt Begründung juristischer Geltung.

⁶⁰⁰ Vgl. Kötz, JuS 2013, 289, 290 f.; Kähler, Kähler 2012, S. 161–164.

bestimmen, in welchen Situationen der Gläubiger den Schadensersatz wegen der Pflichtverletzung beanspruchen kann. Zur faktischen Geltung des § 276 I BGB ist daher die Bildung der entsprechenden dogmatischen Lehre, deren Geltendmachung zu niedrigen Transaktionskosten führt, erforderlich.

Zusammenfassend ist hier diese Auffassung vertreten, dass die Transaktionskostenminimierung stets als angemessenes Kriterium zur Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze dient. Obwohl die Gestaltung rechtsdogmatischer Lehrsätze zu schöpferischen Tätigkeiten der Juristen und daher zum Entdeckungszusammenhang gehört, wo die Wissenschaftstheorie keine Rolle spielt, kann der Rechtsanwender bei der Rechtsanwendung nach dem Kriterium der Transaktionskostenminimierung prüfen, welcher vorhandene Lehrsatz die höchste faktische Geltungskraft der Rechtsnormen erreicht. Außerdem kann der Jurist mithilfe des Gedankens der Transaktionskostenminimierung über neue rechtsdogmatische Gestaltungsmöglichkeiten nachdenken.

b) Transaktionskostenminimierung zugunsten der Verteilungsgerechtigkeit

Man könnte einwenden, dass die Transaktionskostenminimierung als Kriterium nur die Austauschgerechtigkeit fördert, weil mit niedrigen Transaktionskosten zwar die Hürde der freiwilligen Transaktionen beseitigt wird, aber die Verteilungsgerechtigkeit nicht berücksichtigt werden dürfte.⁶⁰¹ Dieser Einwand gilt allerdings nicht für die Rechtsanwendung und die Rechtsdogmatik, wo der Rechtsanwender am geltenden Recht bindet, denn es handelt sich bei der Verteilungsgerechtigkeitsproblematik vor allem um die durch die Gesetzgebung vorgenommenen legislativen Rechtszuordnungen, und die Sachgehalte der Verteilungsgerechtigkeit gegenüber konkreten Fällen sind vom Gesetzgeber selbst festzusetzen. Bei der Rechtsanwendung soll der Rechtsanwender die Verteilungsgerechtigkeitsidee des Gesetzgebers einhalten, und in den Fällen der Unklarheit der legislativen Rechtszuordnungen soll er die Rechtsnormen so auslegen, dass rechtsdogmatische Lehrsätze der Verteilungsgerechtigkeitsidee des Gesetzgebers entsprechen. Nur wenn in konkreten Fällen der Sachgehalt der vom Gesetzgeber gebilligten Verteilungsgerechtigkeitsidee nicht festgestellt werden kann, hat der Rechtsanwender den Spielraum, selbst den Sachgehalt der Verteilungsgerechtigkeit subjektiv zu bestimmen.

⁶⁰¹ Die fehlende Verteilungsgerechtigkeit als Einwand gegen die Anwendung der Rechtsökonomik stellt nur darauf ab, dass die Kaldo-Hicks-Effizienz als Ziel der Rechtsökonomik eingesetzt wird, die sich weiter auf die normative Wohlfahrtsökonomik bezieht. Vgl. *Eidenmüller*, EaR 2015, S. 273–276. Es ist schon im Kapitel 3 dieser Arbeit begründet worden, dass die Anwendung der Kaldo-Hicks-Effizienz in der realen Welt die beschränkte Vergütung des Benachteiligten voraussetzt, was sicherlich die Problematik der Verteilungsgerechtigkeit verursacht. Siehe Kapitel 3, IV 2 b) bb) Die fehlende Durchsetzbarkeit des Kaldo-Hicks-Kriteriums. Da in dieser Arbeit nur auf die positive Ökonomik aufgestellt und die Kaldo-Hicks-Effizienz als Ziel wegen ihrer fehlenden Durchsetzbarkeit aufgegeben ist, gelten die bisherigen Einwände gegen die Kaldo-Hicks-Effizienz nicht für die positive Rechtsökonomik.

Gem. der populären Version des Coase-Theorems ist das endgültige Ergebnis der Ressourcenallokation unabhängig von der legislativen Rechtszuordnung immer optimal, daraus ergibt sich, dass die Austauschgerechtigkeit bei Null-Transaktionskosten am Ende stets erreicht werden kann. Daher ist es für den Gesetzgeber völlig überflüssig, bei Null-Transaktionskosten die Maßnahme zugunsten der Austauschgerechtigkeit zu treffen, er kann sich also mit voller Kraft um die Förderung der von ihm gebilligten Verteilungsgerechtigkeit kümmern. Das bedeutet, dass bei Null-Transaktionskosten der Gesetzgeber durch das Gesetzgebungsverfahren solche legislativen Rechtszuordnungen schaffen, die dem Verteilungsgerechtigkeitsgesichtspunkt des Gesetzgebers völlig entsprechen, sodass bei Null-Transaktionskosten die Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit gleichzeitig erreicht werden. Dies weist auch darauf hin, dass die Beschäftigung des Gesetzgebers mit der Transaktionskostenminimierung in der realen Welt die Verteilungsgerechtigkeit als Ziel eher fördert als verhindert.

Entsprechend der Annahme des individuellen Egoismus zeigt sich in der realen Welt immer die (potenzielle) Tendenz, dass das zuzuordnende subjektive Recht R durch irgendwelche Rechtszuordnungen dem Akteur A zustehen wird, der das subjektive Recht in der geschlossenen Gesellschaft am höchsten schätzt, dort ist die Transaktionsrente des R auch festgelegt. Wenn der Gesetzgeber entsprechend seiner gebilligten Verteilungsgerechtigkeitsidee das R an dem Akteur B zuordnet, der aber R nicht am höchsten schätzt, kann durch vertragliche Zuordnung bzw. durch die Transaktion zwischen A und B dann dem A endgültig das R zustehen, solange die Transaktionskosten zwischen A und B genügend niedrig sind, und in diesem Fall werden die Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit gleichzeitig erreicht. Zugunsten der Verteilungsgerechtigkeit sollte der Gesetzgeber durch die Gesetzgebung das Umfeld der niedrigen Transaktionskosten schaffen. Denn die Verteilungsgerechtigkeitsidee des Gesetzgebers ist in der realen Welt verwirklicht, nur wenn dessen Sachgehalt mit sehr niedrigen Transaktionskosten von den betroffenen Akteuren erreicht werden kann. Führt dieser Sachgehalt zu hohen Transaktionskosten, werden sich diese Akteure gem. dem Transaktionskostenparadigma anderes verhalten.

Das Gleiche gilt auch für die Rechtsanwendung. Wenn der Sachgehalt der vom Gesetzgeber gebilligten Verteilungsgerechtigkeitsidee deutlich ist oder durch die juristische Methodik festgestellt werden kann, soll der Rechtsanwender solche rechtsdogmatische Lehre wählen, die mit kleinsten Transaktionskosten diesen Sachgehalt verwirklicht, damit die Verteilungsgerechtigkeitsidee des Gesetzgebers von den betroffenen Akteuren in der realen Welt befolgt werden und die Transaktionsrente des in Betracht kommende subjektiven Rechts verwirklicht werden kann. Wenn die legislative Rechtszuordnung gegenüber bestimmten Fällen unklar ist, wo die Rechtsordnung dem Rechtsanwender den Spielraum zur Feststellung der von ihm gebilligten Verteilungsgerechtigkeitsidee hinterlässt, soll er auch diese rechtsdogmatische Lehre wählen, die zur Erreichung des Sachgehalts der von ihm festgestellten Verteilungsgerechtigkeitsidee die niedrigsten Transaktionskosten herbeiführt, damit die

Verteilungsgerechtigkeitsidee des Rechtsanwenders und die Austauschgerechtigkeit in der realen Welt verwirklicht werden können. Hier kann man zusammenfassen, dass die Transaktionskostenminimierung immer die Verwirklichung der bestimmten Verteilungsgerechtigkeitsidee in der realen Welt fördert. Die rechtsdogmatische Lehre, die zwar der Verteilungsgerechtigkeitsidee des Gesetzgebers oder des Rechtsanwenders entspricht, deren Geltendmachung aber zu enormen Transaktionskosten führt, soll bei der Rechtsanwendung unbeachtlich bleiben.

2. Einige konkrete Methoden

Nachdem die Transaktionskostenminimierung als das Auswahlkriterium rechtsdogmatischer Lehrsätze festgestellt ist, sind im Folgenden einige konkrete Methoden vorgestellt, die im Einklang mit der Transaktionskostenminimierung stehen. Diese konkreten Methoden, soweit die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus hier unterstellt ist, stellen sich keineswegs als die abschließenden Regelungen oder Vorschriften, sondern nur als die vorläufigen Hilfsmethoden dar, die bei der Festsetzung der angemessenen dogmatischen Lehren in konkreten Fällen nützlich sind. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass man entsprechend dem Gedanken der Transaktionskostenminimierung andere oder konkretere Methoden herausfinden.

a) Methode I: die Auswahl nach der Zweckmäßigkeit

Die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze nach der Zweckmäßigkeit setzt also die Einstimmigkeit des Zwecks der anzuwendenden Rechtssätze voraus, danach ist solche rechtsdogmatische Lehre ausgewählt, die zweckmäßig ist.

aa) Der Begriff der Zweckmäßigkeit

Von der Zweckmäßigkeit der rechtsdogmatischen Lehre spricht man, wenn die Sachgehalte dieser Lehre nicht nur gem. dem Brücken-Prinzip in Anlehnung der aktuellen Natur- und Technikwissenschaftsstandards erreichbar ist, sondern auch gem. dem Komparativismus im Vergleich mit anderen konkurrierenden dogmatischen Lehren aus Sicht der positiven Rechtsökonomik leichter von den betroffenen Akteuren sozial-realistisch befolgt wird. Diese Lehre ist deshalb zweckmäßig, weil sie angesichts des Paradigmas der Transaktionskosten einige Transaktionskosten, die bei Geltung der anderen konkurrierenden Lehren eintreten, erspart und somit die größte faktische Geltung der rechtlichen Regelung verwirklicht, sodass die durch diese Regelung zu erreichenden Zwecke auch in der realen Welt verwirklicht wird. Die Auswahl nach der Zweckmäßigkeit stellt sich also als die Auswahlmethode nach der wertfreienden Zweck-Mittel-Analyse dar; sie unterscheidet sich von der subjektiven oder objektiven teleologischen Auslegung dadurch, dass sie sich an der Realisierbarkeitsprüfung der bereits festgestellten Normzwecke orientiert, während sich die teleologische Auslegung mit der Festsetzung der Normzwecke bestimmten Rechtssätze beschäftigt; sie unterscheidet sich von der juristischen Argumentation nach der Folgenorientierung dadurch, dass sie sich nicht auf die Analyse realistischer Folgen der rechtlichen Regelungen beschränkt, sondern auch auf die Analyse der faktischen

Geltung der rechtlichen Regelungen gem. der positiven Rechtsökonomik bezieht, während bei der Argumentation nach der Folgenorientierung die realistischen Folgen der rechtlichen Regelungen zunächst dargelegt werden und sich die Bewertungen dieser Folgen dann stillschweigend auf andere Wertgesichtspunkte berufen.⁶⁰²

Bei der Rechtsanwendung spielt die Zweckmäßigkeitsbewertung rechtsdogmatischen Lehrsätze nach Natur- und Technikwissenschaften nicht die große Rolle, denn in der Regel basieren die Sachgehalte dogmatischen Lehrsätze auf dem alltäglichen Basiswissen, und das rein physische Können der bestimmten Verhalten der betroffenen Akteure erfüllt in meisten Fällen bereits die Zweckmäßigkeit nach Natur- und Technikwissenschaften, es ist dann überwiegend durch die positive ökonomische Analyse zu ermitteln, ob durch die Realisierung bestimmter Sachgehalte bestimmte Normzwecke erreicht werden können.

bb) Beispiel 1: Die Verkehrssicherungspflicht i.S.d. § 276 II BGB

Als Beispiel dient also die konkretisierte dogmatische Lehre über die Sorgfaltspflicht gem. § 276 BGB i.V.m. § 823 I BGB. Gem. dem objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 II BGB ist im Deliktsrechtsbereich das rechtmäßige Verhalten nach der konkreten Verkehrsseite unterstellt. Im Kontext vom § 823 I BGB impliziert dies also die Verkehrsverpflichten des Handelnden, und „Verkehrspflichten sind deliktische Sorgfaltspflichten und als solche am Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 orientiert“,⁶⁰³ d.h. die „Verkehrspflichtverletzung ist dann bloß ein anderer Name für Fahrlässigkeit.“⁶⁰⁴ Zur Verkehrspflicht gehört unter anderem die Verkehrssicherungspflicht im engeren Sinne, diese Pflicht ist durch ständige Rechtsprechungen bestätigt, für sie gilt der grundsätzliche dogmatische Satz, dass derjenige, der Gefahrenquellen schafft und unterhält, alle nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat,⁶⁰⁵ und im Privatverkehrsverkehr verpflichtet sich derjenige, „der Dritten Zugang zu seinem Grundstück

⁶⁰² Koch und Rüßmann drücken deutlich aus: „Allein die Angabe von Folgen reicht nicht für die Begründung einer bestimmten Gesetzesinterpretation. Zusätzlich ist eine Bewertung der Folgen erforderlich, d.h. eine Festlegung darauf, dass die Erreichung/Vermeidung bestimmter Folgen geboten ist.“ *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, S. 231. Diese Bewertung sei nach den durch die objektiv-teleologische Auslegung festgestellten Normzwecken vorzunehmen. *dies.*, Begründungslehre, 232 f. Die Bewertung der Folgen kann auch gem. der sozialen Wohlfahrt, oder der Effizienz, oder dem festgestellten Gerechtigkeitskriterium vorgenommen werden. Vgl. *Eidenmüller*, JZ 54 (1999), 53, 56 f.; *Deckert*, Folgenorientierung, 173 ff., 191 ff.

⁶⁰³ *MüKoBGB/Wagner*, § 823 Rn. 57.

⁶⁰⁴ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 128. Die hier genannte Verkehrspflicht stellt offensichtlich auf den von Wagner neu aufgestellten dogmatischen Deliktsaufbau ab, *dies.*, Deliktsrecht, Rn. 132 f. Ihr Umfang ist viel weiter als die Verkehrspflicht im herkömmlichen Sinne, die von Wagner als sachbezogene Sicherungspflicht bezeichnet wird. Vgl. *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 174-178; *MüKoBGB/Wagner*, § 823 Rn. 404-406.

⁶⁰⁵ BGHZ 5, 378, 380 = NJW 1952, 1050; BGHZ 14, 83, 85 = NJW 1954, 1403; BGHZ 34, 206, 209 = NJW 1961, 868; BGHZ 103, 338, 340 = NJW 1988, 2667; BGHZ 108, 273, 274 = NJW 1989, 2808.

und seinem Gebäude gewährt, den gebotenen Sicherheitsstandard zu gewährleisten,⁶⁰⁶ diese Pflicht wird allerdings nicht schon durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst und beschränkt sich auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen des konkreten Verkehrs zumutbar und zum Schutz des Dritten in diesem konkreten Verkehr notwendig und ausreichend sind.⁶⁰⁷ Dieser Grundsatz ist noch abstrakt und durch fallgruppenbezogene Konkretisierungen anschaulich zu machen. Es ist durch ständige Rechtsprechungen konkretisierte dogmatische Lehren über die Verkehrssicherungspflichten im engeren Sinne für Gaststättenbetreiber gegenüber Gästen und Grundstückeigentümer gegenüber spielenden Kindern entwickelt, die im Folgenden angesichts der Zweckmäßigkeit bewertet werden.

(1) Gaststättenbetreiber gegenüber Gästen

Für die Verkehrssicherungspflicht des Gaststättenbetreibers gegenüber Gästen gilt der dogmatische Satz S1, dass ihm erhöhte Sicherungspflicht aufzuerlegen ist und er daher erhöhte Sicherungsmaßnahmen ergreifen soll, damit die Unfällen in Gängen, an Treppen oder im Bereich von Zu- und Abgängen wegen erkennbarer Stolperstellen oder wegen unzulänglicher Beleuchtung zu vermeiden sind, weil er damit rechnen muss, dass sich Gäste als Folge des Alkoholgenusses oder aufgrund der gehobenen Stimmungen beim Gaststättenbesuch unvernünftig und sorglos verhalten mögen.⁶⁰⁸ Hat der Gaststättenbetreiber diese erhöhte Sicherungspflicht verletzt, verpflichtet er sich gem. § 823 I BGB zum Schadensersatz. Um die Bewertung des S1 angesichts der Zweckmäßigkeit nachvollziehbarer zu machen, ist hier ein entgegengesetzter dogmatischer Lehrsatz S2 anzuführen, dass dem Gaststättenbetreiber wie einem allgemeinen ordentlichen Händler die Verkehrssicherungspflicht auferlegt wird, sodass die Gäste beim Gaststättenbesuch selbst das Unfallrisiko wegen erkennbarer Stolperstellen und unzulänglicher Beleuchtung tragen sollen.

Zunächst kann es festgestellt werden, dass die Unfallvermeidung den Eigeninteressen sowohl des Betreibers als auch der Gäste der Gaststätte entsprechen, denn die Gäste wollen dort Getränke und Essen konsumieren wollen und der Betreiber kann damit Geld verdienen, das Unfallrisiko reduziert daher sowohl das Konsumniveau der Gäste als auch den Umsatz des Betreibers. Der Unfallrisikoschaden ist gem. S1 und S2 unterschiedlich zugeordnet: während gem. S1 dem Gaststättenbetreiber dieser Schaden zugefügt wird, wird er gem. S2 den Gästen zugefügt. Anschließend ist erkennbar, dass die beiden Sätze S1 und S2 zum gleichen Normzweck bzw. zur Vermeidung der Unfälle der Gäste dienen: während dieser Zweck beim S1 durch die

⁶⁰⁶ MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 405.

⁶⁰⁷ OLG Köln VersR 1999, 243; BGH VersR 1990, 498; 1978, 1163

⁶⁰⁸ BGH VersR 1960, 715, 716; 1967, 801, 802; 1988, 631; OLG Hamm 1991, 1154; OLG Köln VersR 1999, 243

vom Gaststättenbetreiber ergriffenen erhöhten Sicherungsmaßnahmen erreicht werden kann, ist er beim S2 durch die den Gästen gebotenen genügenden Sorgfaltsanforderungen zu erreichen.

Allerdings ist es zugestanden, dass im Verkehr des Gaststättenbesuchs der Betreiber regelmäßig das Unfallrisiko mit niedrigeren Kosten als die Gäste vermeiden kann. Bei Null-Transaktionskosten brächten S1 und S2 keine unterschiedlichen Folgen, denn selbst wenn bei Null-Transaktionskosten S2 geltend gemacht würde, würden Betreiber und Gästen vertraglich vereinbaren, dass der Betreiber notwendige Maßnahmen ergreifen sollte, um den Unfall der Gäste zu vermeiden. Wenn sich S2 in der realen Welt juristisch geltend machen ließe, würde der Gaststättenbetreiber zum Eigeninteresse initiativ weiter noch notwendige Sicherungsmaßnahmen ergreifen, sodass die Gäste mehr Alkohol konsumieren werden und der Betreiber somit mehr Geld verdienen kann; in diesem Fall hätten die Gäste auch den ökonomischen Anreiz, von dem Betreiber notwendige Sicherungsmaßnahmen zu fordern, damit sie selbst von den gebotenen Sorgfaltsanforderungen freigestellt werden und zugleich entsprechend ihren eigenen Präferenzen unbesorgt Alkohol zu trinken. Daraus ergibt sich, dass bei der juristisch-normativen Geltendmachung des S2 sowohl der Betreiber als auch die Gäste (ex-ante) den ökonomischen Anreiz haben, vertraglich zu vereinbaren, dass die Regelung des S2 außer Acht gelassen wird und realistisch die Sachhalte des S1 zu erreichen sind, um die bei der Geltung der S2 zu verhindernden Transaktionen (z.B. mehr Alkoholkonsum) zwischen Betreiber und Gästen zu verwirklichen. Dies führt in der realen Welt die mögliche Verhandlung zwischen Betreiber und Gästen, die weiter zu Verhandlungskosten führt. Die Geltendmachung des S1 kann aber diese Verhandlungskosten ersparen und daher im Vergleich mit dem S2 leichter von Betreiber und Gästen befolgt werden, deshalb ist S1 nach der Zweckmäßigkeitsanforderung vorzuziehen.

(2) Grundstückeigentümer gegenüber spielenden Kindern

Für die Verkehrssicherungspflicht des Grundstückeigentümers gegenüber spielenden Kindern gilt also der dogmatische Satz S3, dass jeder Grundstückeigentümer wirksame und auf Dauer angelegte Schutzmaßnahmen ergreifen muss, um Kinder vor Unfällen wegen ihrer Unerfahrenheit und Unbesonnenheit zu schützen, wenn ihm bekannt ist oder sein muss, dass sich die Kinder dort an gefährlichen Gegenständen schaffen machen und dabei Schaden erleiden können.⁶⁰⁹ Es sind also durch S3 zwei Zwecke zu erreichen: der erste besteht im Kinderschutz vor Unfällen als Folge ihrer Unerfahrenheit und Unbesonnenheit; der zweite Zweck, der allerdings in der Literatur nicht genügend berücksichtigt wird, besteht darin, eine sichere Umwelt für Kinder zum freien Spielen anzubieten, denn solche Unfälle können durch Halten der Kinder im Hause völlig beseitigt werden. Man kann hier also auch einen entgegengesetzten dogmatischen Lehrsatz S4 formulieren, der zugleich auch die oben ge-

⁶⁰⁹ BGH VersR 1973, 621; BGH NJW 1975, 108; 1994, 3348

nannten zwei Zwecke erfüllen kann. Der S4 lautet, dass nicht der Grundstückeigentümer zur Sicherungsmaßnahmen, sondern die Eltern der Kinder zur sorgfältigen Beaufsichtigung verpflichtet ist, um die im Grundstück spielenden Kinder vor Unfällen zu schützen.⁶¹⁰ Es ist dann durch die Zweckmäßigkeitsprüfung zu beurteilen, welcher Lehrsatz in der realen Welt realisierbar ist.

Wenn gem. S4 der Grundstückeigentümer von der Sicherungspflicht freigestellt würde, würde er zum Eigeninteresse gar keine Sicherungsmaßnahmen zum Kinderschutz ergreifen, obwohl er im Vergleich mit den Eltern der spielenden Kinder den Kostenvorteil zur Vermeidung solcher Unfälle hat, es sein denn, dass die von ihm hinzunehmenden Kosten der Sicherungsmaßnahmen vorher von den Eltern der spielenden Kinder vergütet würden. Um diese Vergütung zu ermöglichen, müssen diese Eltern als die Nachbarn des Grundstückeigentümers miteinander und mit dem Grundstückeigentümer verhandeln, dies führt in der realen Welt zu sehr hohen Transaktionskosten und ist daher in der Regel unmöglich. Stattdessen könnten diese Eltern gem. S4 der Aufsichtspflicht nachkommen und die Kinder vom Betreten des Grundstücks ständig abhalten, um die Kinder beim freien Spielen vor Unfällen zu schützen. Allerdings ist die Durchführung solcher Aufsichtspflicht sehr kostenaufwendig; wenn die Eltern diese Aufsichtspflicht fahrlässig verletzt hätten, wäre diese Pflichtverletzung in der realen Welt sehr schwer vom Dritten in Kenntnis genommen, d.h. es ist sehr schwierig zu überwachen, ob die Eltern ihre Aufsichtspflicht zum Kinderschutz vor Unfällen einhalten; oder die Eltern könnten einfach ihre Kinder ständig zu Hause halten, um das Risiko der Aufsichtspflichtverletzung zu verringern, dies schädigt allerdings die Interesse der Kinder zum freien Spielen. Aus diesen Gründen kann man annehmen, dass die Regelung des S4 in der realen Welt sehr schwierig von den Eltern realistisch befolgt wird und damit zwecklos ist.⁶¹¹ Im Gegensatz dazu wird die Regelung des S3 in der realen Welt leicht befolgt, damit die Normzwecke dieser Regelung realistisch verwirklicht werden können, denn wenn der Grundstückeigentümer seine Sicherungspflicht gegenüber spielenden Kindern verletzt hätte, würden die Eltern der geschädigten Kinder gem. § 823 I BGB den Schadensersatz beanspruchen; dies gibt dem Grundstückeigentümer genügend Anreize, die sich aus dem S3 ergebende Verkehrssicherungspflicht einzuhalten.

Durch das oben Ausgeführte lässt sich nochmals erkennen, dass durch die Verwendung der positiven Rechtsökonomik durchaus unterschiedliche konkurrierende rechtsdogmatische Lehrsätze bewertet werden können, soweit diese konkurrierenden

⁶¹⁰ Eine solche Überlegung ist schon in den Rechtsprechungen berücksichtigt worden, vgl. BGH NJW 1994, 3348; VersR 2003, 82.

⁶¹¹ In der Rechtsprechungspraxis ist also das Mitverschulden der Eltern wegen ihrer Aufsichtspflichtverletzung durch ständige Rechtsprechungen zu versagen. Vgl. BGH NJW 1994, 3348, 3349; VersR 1994, 1082; 2003, 82, 83; RuS 1995, 179. Die Aufsichtspflichtverletzung ist nur dann zu bejahen, wenn zwischen Kindern und Eltern in konkreten Fällen eine rechtliche Sonderverbindung besteht, z.B. die Eltern haben nur das Unfallgeschehen untätig mit angesehen, vgl. BGH NJW 1980, 2080; NJW-RR 1995, 1426

Lehrsätze zu gleichen Normzwecken dienen. In diesem Fall ist durch das Kriterium der Zweckmäßigkeit, die sich an der sozial-realistischen Erreichbarkeit der Sachgehalte der festgestellten Normzwecke richtet, dieser Lehrsatz auszuwählen, der in der realen Welt im Vergleich mit anderen verfügbaren Lehrsätzen die größte faktische Geltungskraft besitzt.

b) Methode II: die Auswahl nach Einfachheit

In der Wissenschaftstheorie ist der Einfachheitsbegriff vage und uneinheitlich, hier wird auf die Darstellung unterschiedlicher Versionen des Einfachheitsbegriffs verzichtet⁶¹² und nur eine Version des Einfachheitsbegriffs vorgestellt, die mit der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus vereinbar ist.

aa) Der Begriff der Einfachheit

Die Einfachheit im Sinne des kritischen Rationalismus fordert zunächst die Einheit der wissenschaftlichen Theorie, die zur Erklärung bestimmten Phänomen oder zur Lösung bestimmten Problemen leistungsfähig ist; wenn eine Theorie viele ad-hoc-Aussagen enthält, erfüllt diese Theorie nicht das Kriterium der Einfachheit. Vor diesem Hintergrund hat Popper die Einfachheit mit der Falsifizierbarkeit verknüpft, je einfacher die theoretische Aussage sei, desto höher sei die Falsifizierungsgrad dieser Theorie,⁶¹³ denn die Theorie mit vielen ad-hoc-Aussagen mache die Falsifizierbarkeit kaum möglich,⁶¹⁴ für das Erkenntniswachstum sei die Einfachheit der Theorie gefordert.⁶¹⁵ Anschließend fordert die Einfachheit, dass die Aufstellung neuer Theorie zu vermeiden ist, wenn das zu lösende Problem bereits durch die alte Theorie erfolgreich gelöst werden kann.

In Bezug auf die Rechtsanwendung fördert die Einfachheit die Klarheit der aus den rechtsdogmatischen Lehren ergebenden Rechtszuordnungen, die aus rechtsökonomischer Sicht zur Reduzierung der Transaktionskosten führt, denn die Komplexität rechtsdogmatischer Lehre macht ihr Verständnis für Juristen auch schwierig und verursacht daher hohe Informations- bzw. Kennntniskosten. Bei der Auseinandersetzung der Auswahl nach Zweckmäßigkeit im letzten Abschnitt ist stillschweigend auf die Annahme abgestellt, dass in der Rechtspraxis das Verständnis jeglichen dogmatischen Lehren kostenlos ist, diese Annahme ist in der realen Welt allerdings unrealistisch. Entsprechend der Transaktionskostenminimierung ist also diese rechtsdog-

⁶¹² Eine solche Darstellung siehe *Popper*, LdF 2005, S. 116–119; *Bremer*, Einfachheit (<http://www.mbph.de/Epistemology/einfachheit.pdf>) (geprüft am 03.04.2017).

⁶¹³ *Popper*, LdF 2005, 119 f.

⁶¹⁴ *Ders.*, OE 1993, S. 16.

⁶¹⁵ *Ders.*, VuW 2009, 373 f. Es ist hier beachtlich, dass unterschiedliche Theorien auf ihre Einfachheit miteinander zu vergleichen sind, nur wenn diese Theorien „als Lösungen eines bestimmten Problems oder einer Gruppe von Problemen miteinander konkurrieren“. *ders.*, VuW 2009, S. 374 Fn. 28.

matistische Lehre vorzuziehen, die der Einfachheitsanforderung im Vergleich mit konkurrierenden Lehren nachkommt, soweit diese verfügbaren konkurrierenden Lehren die gleichen Regelungen darstellen und damit zu gleichen Zwecken dienen.⁶¹⁶

bb) Beispiel 2: der Deliktsbau der Haftungsbeurteilung des § 823 I BGB

Als Beispiel gilt der dogmatische Deliktsaufbau der Haftungsbeurteilung des § 823 I BGB, der als die Zentralnorm des Deliktsrechts betrachtet ist.⁶¹⁷ In Betracht gezogen sind zwei konkurrierende dogmatische Gestaltungen, nämlich der herkömmliche dreistufige Deliktsaufbau und der von Wagner aufgestellte Deliktsaufbau. Der herkömmliche Deliktsaufbau (kürzlich: HDA), der üblich in Lehrbüchern in Anspruch genommen ist, besteht grundsätzlich aus drei Elementen: (objektive) Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Verschulden.⁶¹⁸ Zur Tatbestandsmäßigkeit des HDA gehören Schutzbereichsverletzung, (haftungsbegründende) Kausalität und Verhalten (Tun oder Unterlassen). Der von Wagner aufgestellte Deliktsaufbau (kürzlich: WDA) besteht grundsätzlich auch aus drei Elementen: Schutzbereichsverletzung, Pflichtverletzung und (haftungsbegründende) Kausalität.⁶¹⁹

(1) Der ad-hoc-Charakter des HDA

Für die Rechtswidrigkeitsbeurteilung des Verhaltens des Handelnden im HDA gelten zurzeit zwei unterschiedlichen Lehren, nämlich die Lehre vom Erfolgsunrecht und die Lehre vom Handlungsunrecht. Gem. der Lehre vom Erfolgsunrecht ist die Rechtswidrigkeit dadurch indiziert, dass das positive Tun des Schädigers die Verletzung der Schutzbereiche im § 823 I BGB (haftungsbegründend) kausal und daher mit Erfolg herbeiführt. Die Lehre vom Erfolgsunrecht kann uneingeschränkt für das zur unmittelbaren Rechtsgutsverletzung führende Verhalten gelten, denn dabei tritt der Verletzungserfolg schon im Rahmen des Handlungsablaufs ein. Bei der mittelbaren Rechtsgutsverletzung, wo der Verletzungserfolg auch durch die inzwischen vorkommenden anderen Faktoren mitbestimmt ist, gilt die Lehre vom Handlungsunrecht, gemäß der es für die Rechtswidrigkeitsbeurteilung darauf ankommt, ob durch das Verhalten des Handelnden (entweder Tun oder Unterlassen) die ihm gebotene Verkehrspflicht verletzt wird und damit sich die Gefahr der Rechtsgutverletzung erhöht. In diesem Zusammenhang stellt die heutige h.L. zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit „in der Sache einen Kompromiss zwischen Verhaltens- und Erfolgsunrecht“ dar.⁶²⁰ Aus Sicht der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus drückt die heutige h.L. über das Rechtswidrigkeitsurteil in der Tat ad-hoc-Aussagen

⁶¹⁶ Es ist bei der Rechtsanwendung nicht selten, dass unterschiedliche Lehren gegenüber dem konkreten Fall zu gleichem Ergebnis führen, z.B. die unterschiedlichen Lehren zur Erklärung des § 362 BGB.

⁶¹⁷ Larenz/Canaris, SchuldR II 2, § 76 I 2.

⁶¹⁸ Larenz/Canaris, SchuldR II 2, § 75 II 2 a; Medicus/Lorenz, SchuldR BT, Rn. 1240.

⁶¹⁹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 132 f.

⁶²⁰ MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 7; vgl. auch Larenz/Canaris, SchuldR II 2, § 75 II 3 c; Medicus/Lorenz, SchuldR BT, Rn. 1243.

aus: für den unmittelbaren Eingriff gilt die Lehre vom Erfolgsunrecht und die Rechtswidrigkeit ist hier schon indiziert, für die mittelbare Beeinträchtigung gilt die Lehre vom Handlungsunrecht und die Rechtswidrigkeit bedarf dann der Begründung, beiden Lehren sind im HDA miteinander ad-hoc.

Wegen des ad-hoc Charakters des HDA ist zu seiner Geltung die Abgrenzung zwischen dem unmittelbaren Eingriff und der mittelbaren Beeinträchtigung erforderlich. Nach der herkömmlichen Meinung wird das positive Tun des Handelnden als unmittelbarer Eingriff bezeichnet, wenn der Verletzungserfolg beim Ablauf dieses positiven Tuns eintritt, deshalb besteht dem Handelnden vorher die Pflicht, dieses positive Tun zu unterlassen, um den Erfolg der Rechtsgutverletzung zu vermeiden, und gegen dieses positive Tun müssen Notwehr und Abwehransprüche möglich sein.⁶²¹ Von mittelbarer Beeinträchtigung spricht man, wenn mit dem Verhalten des Handelnde (Tun oder Unterlassen) gefährliche Gegenstände im bestimmten Verkehr gebracht worden sind und der Handelnde damit die Verkehrspflicht verletzt, deshalb besteht dem Handelnden vorher die Verkehrspflicht, um die Gefahr des Rechtsgutverletzungserfolg zu vermeiden.⁶²² Daraus ergibt sich, dass das Rechtswidrigkeitsurteil im HDA von der Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Rechtsgutverletzung abhängt, die aber durch unterschiedliche Pflichtverletzungen gekennzeichnet sind; für die Rechtswidrigkeit kommt es endlich auf die Verletzung der bestimmten Pflichte an. Es stellt sich dann die Frage, warum man beim Rechtswidrigkeitsurteil nicht auf die komplizierte Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Rechtsgutverletzung verzichtet und sich dann einfach und direkt auf die bestimmten Pflichtverletzungen beruft.

Außerdem ist im HDA das Rechtswidrigkeitsurteil von dem Verschuldensurteil getrennt, dazu ist die Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden notwendig. Diese Differenzierung ist allerdings schwierig bei mittelbarer Rechtsgutverletzung durchzusetzen, bei der die bestimmte Verkehrspflicht verletzt ist. Wenn die Verkehrspflicht als die im Verkehr erforderliche Sorgfaltsanforderung bezeichnet und mit der Sorgfaltspflicht i.S.d. § 276 II BGB gleichgestellt wird,⁶²³ dann stellt die Verkehrspflichtverletzung bei mittelbarer Rechtsgutverletzung schon zugleich die Rechtswidrigkeit und das Verschulden dar, folglich ist die Unterscheidung zwischen den Beiden unmöglich. Wenn die Sorgfaltspflichtverletzung als die Außerachtlassung der inneren und äußeren Sorgfalt bezeichnet wird, kann bei mittelbarer Rechtsgutverletzung die Rechtswidrigkeit auf die Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt abstellen und das Verschulden dann weiter durch die Außerachtlassung der inneren

⁶²¹ Stoll, AcP 162 (1963), 203, 228 f.; Larenz/Canaris, SchuldR II 2, § 75 II 3 b; Bar, Verkehrspflichten, 155 f.; Deutsch, AllgHaftungsR, Rn. 237; Soergel/Spickhoff, § 823 Rn. 13.

⁶²² Larenz/Canaris, SchuldR II 2, § 75 II 3 b; Bar, Verkehrspflichten, S. 156; Deutsch, AllgHaftungsR, Rn. 237.

⁶²³ Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 110, 128.

Sorgfalt zu beurteilen ist,⁶²⁴ sodass das Verschulden von der Rechtswidrigkeit getrennt werden kann. Aber diese Trennung ist überflüssig, denn danach kann man direkt durch die Begründung des Verschuldens bei mittelbarer Rechtsgutverletzung die Haftung aus § 823 I BGB begründen, und das Rechtswidrigkeitsurteil ist obsolet geworden. Außerdem ist bereits begründet, dass die Lehre über die innere und äußere Sorgfalt aus wissenschaftlicher Sicht nicht durchsetzbar ist.⁶²⁵

(2) Die Einfachheit des WDA

Es ist dann ersichtlich, dass der HDA die Haftungs begründung nach § 823 I BGB sehr kompliziert macht und der Einfachheitsanforderung widerspricht. Im Gegensatz dazu ist im WDA beim Rechtswidrigkeitsurteil direkt auf die Pflichtverletzung gerichtet,⁶²⁶ wodurch von der Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsgutverletzungen und von der Debatte zwischen dem Erfolgs- und Handlungsunrecht freigestellt wird,⁶²⁷ sodass der ad-hoc Charakter des Deliktsaufbaus im § 823 I BGB völlig vermieden wird.

Außerdem erfasst im WDA die Pflichtverletzung schon das Verschulden,⁶²⁸ deshalb ist die komplizierte Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden vermieden. Es ist im fahrlässigen Delikt zweifellos, dass die Verkehrspflichtverletzung das Verschulden des Handelnden impliziert, denn dabei besteht dem Handelnden die Verkehrspflicht, die die Gebote der verkehrserforderlichen Sorgfalt i.S.d. § 276 II BGB darstellt. Fraglich ist jedoch, welche Pflicht der Handelnde beim Vorsatzdelikt verletzt, denn im HDA sei beim Vorsatzdelikt die bloße Verursachung einer Rechtsgutverletzung als rechtswidrig zu qualifizieren, d.h. die psychologische Schuldform als Vorsatz indiziere schon die Rechtswidrigkeit, keine Verhaltenspflicht könne dabei begründet werden. Dies ist aber von Wagner als „ein Schönheitsfehler“ genannt, denn die vorsätzliche Haftung ist nur dann begründet, wenn „der Täter das erlaubte Risiko überschritten hat“,“⁶²⁹ dann besteht dem Handelnden beim Eingriff in das Rechtsgut die Pflicht, das erlaubte Risiko nicht zu überschreiten; wenn diese Pflicht verletzt wird, kann man erst vom Vorsatzdelikt sprechen. Dann kann man so zusammenfassen: „Die Rechtswidrigkeit eines Verhalten lässt sich demnach gar nicht feststellen, ohne den Verstoß gegen Sorgfaltspflichten bzw. – beim Vorsatzdelikt – das Überschreiten des erlaubten Risikos zu berücksichtigen.“⁶³⁰

⁶²⁴ Bar, Verkehrspflichten, S. 171–175; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 176–178.

⁶²⁵ Siehe dieses Kapitel, II 2 b) Schritt II: die Bewertung nach Natur- und Technikwissenschaften

⁶²⁶ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 133.

⁶²⁷ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 112; MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 58.

⁶²⁸ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 132.

⁶²⁹ Dies., Deliktsrecht, Rn. 111. Im Zivilrecht gilt die Vorsatztheorie herrschend, danach kann die Haftung wegen des Unbewusstseins der Rechtsnormen ausgeschlossen werden. Aber von Wagner ist zu zeigen, dass die Vorsatztheorie im Zivilrecht weniger selbstverständlich ist. MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 47–49.

⁶³⁰ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 133.

Es ist dann erkennbar, dass der WDA viel einfacher als der HDA ist. Es stellt sich aber die Frage, warum in der Gegenwart der einfache WDA nicht von meisten Juristen in Anspruch genommen wird. Die Ursache ist einfach, denn die bisherigen Probleme in der Rechtspraxis können auch durch den komplizierten HDA gelöst werden. Die meisten Juristen haben vorher den HDA beherrscht, und brauchen zurzeit wegen der Lernkostensparung nicht den WDA zu lernen; dies entspricht der anderen Anforderung der Einfachheit: für die meisten Juristen, die vorher fähig zum HDA sind, ist der alte HDA im Vergleich mit dem neuen WDA kostengünstiger und damit einfacher. Für den juristischen Studienanfänger, der vorher weder den WDA noch den HDA in Kenntnis nimmt, hat der einfache WDA den Lernkostenvorteil, die Inanspruchnahme des WDA von den meisten Juristen braucht also die Zeit.

c) Methode III: der Transaktionskostenvergleich

Die Auswahl nach Zweckmäßigkeit und nach Einfachheit setzen es voraus, dass die verfügbaren konkurrierenden rechtsdogmatischen Lehren zu gleichen Zwecken oder zur Lösung der gleichen Probleme fähig sind. Aber in der Rechtsanwendung stellt die Festsetzung der Zwecke der bestimmten Rechtsnormen die wertende Aktivität dar, angesichts unterschiedlichen Wertgesichtspunkten oder Rechtsprinzipien können die Rechtsnormen unterschiedlich ausgelegt und damit unterschiedliche Normzwecke festgesetzt werden, entsprechend denen unterschiedliche dogmatische Lehrsätze gestaltet werden. Es ist dann durch den Transaktionskostenvergleich die dogmatische Lehre auszuwählen, die im Vergleich mit anderen verfügbaren dogmatischen Lehren das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt, weil diese Lehre angesichts des Paradigmas der Transaktionskosten die größte faktische Geltung der betroffenen Rechtsnormen impliziert und aus dem Gedanken der Überprüfung der juristischen Geltung die Geltungskraft der betroffenen Rechtsnormen am höchsten verwirklicht.

aa) Beispiel 3: das sozialtypische Verhalten

Bei der Auseinandersetzung der Problematik mit dem sozialtypischen Verhalten im Massenverkehr, ob das Schuldverhältnis nur durch die reine Inanspruchnahme der Leistung zustande kommt, obwohl der Akteur vorher deutlich ausdrückt, dass er trotz der Entgegennahme der Leistung den Vertrag nicht schließen wollte. Dafür gelten einerseits die h.L., die zum Schutz der Verkehrssicherheit dient und für das Zustandekommen des Schuldverhältnisses spricht, und andererseits die a.L., die zum Schutz der Privatautonomie dient und gegen das Zustandekommen des Schuldverhältnisses spricht. Um den Transaktionskostenvergleich zwischen h.L. und a.L. einfacher zu machen, nehmen wir hier den Hamburger Parkplatzfall als Musterbeispiel an. Lässt sich die a.L. geltend machen, ist dem Betreiber des Parkplatzes nur der Bereicherungsanspruch gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB zugebilligt, und nicht das Erfüllungsinteresse nach dem zustande zu kommenden Vertrag, sondern die notwendigen Aufwendungen vergütet. In diesem Fall ist auch vorstellbar, dass einige Personen, die ihre moralischen Kosten unterschätzen, trotz der Inanspruchnahme der Dienstleistung

des Parkplatzbetreibers erklären werden, dass sie nicht den Vertrag mit ihm schließen wollten. Der Sachgehalt der Privatautonomie in diesem Fall lautet, dass der Akteur bei der Inanspruchnahme der Leistung den Willen, nicht am Vertrag zu binden, ausdrücklich erklärt.

Um die Erlösreduzierung wegen der Geltung der a.L. zu vermeiden, hat der Betreiber des Parkplatzes den ökonomischen Anreiz, die Geltungschancen der a.L. durch jegliche Maßnahmen zu verhindern, z.B. die Einrichtung der Zutrittskontrolle beim Eingang des Parkplatzes. Dies hat zur Folge, dass derjenige, der nur die Dienstleistung in Anspruch nehmen und nicht den Vertrag schließen will, von Anfang an keine Möglichkeit zur Erreichung des Sachgehalts seiner Privatautonomie hat, soweit die Kosten dieser Maßnahmen kleiner als die wegen der Geltung der a.L. ausgelöste Erlösreduzierung sind. Es liegt dann auf der Hand, dass trotz der Geltung der a.L. in der realen Welt die Regelung der h.L. geltend gemacht wird, indem der Parkplatzbetreiber zum Eigeninteresse die zusätzlichen Transaktionskosten hinnimmt. Im Gegensatz dazu schließt die Geltung der h.L. einfach die Sachgehalte der sog. Privatautonomie aus, die ebenfalls bei der Geltung der a.L. kaum realistisch erreichbar sind, und erspart die zusätzlichen vom Betreiber hingenommenen Transaktionskosten, denn der Betreiber hat bei Geltung der h.L. viel weniger Anreiz, die Zutrittskontrolle einzurichten. Deshalb hat die h.L. im Vergleich mit der a.L. die größere faktische Geltung, und ist entsprechend dem Transaktionskostenvergleich bei der Rechtsanwendung vorzuziehen.

bb) Beispiel 4: Ein- und Ausbaupflicht des Verkäufers beim Verbrauchsgüterkauf

Als das letzte Beispiel dient die theoretische und praktische Debatte darüber, ob beim Verbrauchsgüterkauf der Ausbau der bereits gelieferten sachmangelhaften Sache und der Wiedereinbau der Ersatzsache (kürzlich: Ein- und Ausbau) zur Nacherfüllungspflicht des Verkäufers i.S.d. § 439 I BGB gehören, ob die Ersatzlieferung wegen der unverhältnismäßigen Kosten vom Verkäufer verweigert werden kann, wenn die Mangelbeseitigung der bereits gelieferten unmöglich ist, die (z.B. Spülmaschine, Bodenfließen) nach der regelmäßigen Nutzungsbedienungen vorher vom gutgläubigen Käufer eingebaut worden ist.

(1) Die vor dem EuGH-Urteil herrschende Lehre

Es ist durch die Parkettstäbe-Entscheidung deutlich aufzuweisen, der Ein- und Ausbau gehöre nicht zur Nacherfüllungspflicht des Verkäufers, denn die Nacherfüllungsansprüche aus § 439 I BGB bezeichneten sich als Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruches aus § 433 I BGB,⁶³¹ die Ersatzlieferung erfordere daher nur eine vollständige Wiederholung der Leistung, zu denen der Verkäufer nach § 433 I BGB verpflichtet sei, „nicht weniger, aber auch nicht mehr“.⁶³² Der Ein- und

⁶³¹ BT-Dr. 14/6040, S. 221

⁶³² BGH NJW 2008, 2837, Rn. 18

Ausbau gehe also über die (Nach-)Erfüllungspflicht des Verkäufers hinaus, gehöre damit als Mangelfolgeschaden zum Gegenstand des Schadensersatzes neben der Leistung i.S.d. § 280 I BGB und hänge daher vom Vertretenmüssen des Verkäufers ab.⁶³³ Allerdings sei das Vertretenmüssen des Verkäufers als Händlers regelmäßig zu verneinen, denn obwohl der Hersteller produktionsbedingte Sachmängel zu vertreten habe, sei die gelieferte Ware sei in der Regel nicht vom Händler hergestellt, und der Hersteller dürfe nach der h.M. nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen werden und seine Pflichtverletzung dürfe nicht somit gem. § 278 BGB dem Verkäufer zugerechnet werden,⁶³⁴ außerdem sei dem Verkäufer grundsätzlich keine Untersuchungs- pflicht auferlegt,⁶³⁵ er verpflichte sich zum Schadensersatz neben der Leistung, nur wenn er vorher die Sachmängel der zu liefernden Sache in Kenntnis genommen habe und dann noch diese mangelhafte Sache geliefert habe.

Wenn die Mangelbeseitigung und die Ersatzlieferung beide dem Verkäufer möglich sei und der Käufer die Ersatzlieferung gewählt habe, könne der Verkäufer gem. § 439 III 1 BGB die Ersatzlieferung – im Vergleich mit den Kosten der Mangelbeseitigung – wegen ihrer unverhältnismäßigen Kosten verweigern (relative Unverhältnismäßigkeit); wenn nur die Ersatzlieferung dem Verkäufer möglich sei, könne er auch wegen der (absoluten) Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III 3 verweigern. Dies gelte nach h.M. sicherlich für den Verbrauchsgüterkauf.

Zusammenfassend kann der dogmatische Lehrsatz, der vor dem EuGH-Urteil über den Ein- und Ausbau herrschend ist, so formulieren, dass der Ein- und Ausbau nicht zur Ersatzlieferungspflicht gehöre, die sowohl wegen relativer als auch wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit vom Verkäufer verweigert werden könne.

(2) Die durch das EuGH-Urteil festgestellte Lehre

Mit dem oben ausgeführten Lehrsatz ist der EuGH offensichtlich nicht einverstanden. Nach dem EuGH gehöre der Ein- und Ausbau beim Verbrauchsgüterkauf zur Nacherfüllungspflicht des Verkäufers i.S.d. § 439 I BGB, unabhängig davon, ob der Ein- und Ausbau vorher vom Verkäufer und Verbraucher als Leistungsgegenstand im Kaufvertrag vereinbart sei.⁶³⁶ Denn entsprechend dem Art. 3 VerbrKauf-RL liege das Ziel der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers darin, den vertragsgemäßen Zustand des Kaufgegenstands zu herstellen, der so gleich wie den Zustand sei, wo der Verkäufer von vornherein seine vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt habe.⁶³⁷ Zur Begründung berief sich der EuGH auf die Wortlautauslegung der „Unentgeltlichkeit“ im Art. 3 III und der „ohne erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ im Art. 3 IV VerbrKauf-RL: wenn die Kosten für den Ein- und

⁶³³ Lorenz, NJW 2009, 1633, 1634.

⁶³⁴ BGH NJW 1967, 1903; 2008, 2837, Rn. 29, in der Lit. krit., siehe Schroeter, JZ 65 (2010), 495 ff.; Weller, NJW 2012, 2312 ff.

⁶³⁵ BGH NJW 1968, 2238, 2239; 1981, 1269, 1270

⁶³⁶ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 62

⁶³⁷ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 57, 59

Ausbau dem Verbraucher auferlegt würden, sei die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Kaufgegenstands nicht unentgeltlich und auch mit erheblichen Unannehmlichkeit für den Verbraucher; um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten, solle der Ein- und Ausbau zur Ersatzlieferungspflicht gehören.⁶³⁸ Es sei daher für den Verkäufer möglich, entweder den Ein und Ausbau selbst vorzunehmen, oder die notwendigen Kosten des Ein- und Ausbaus zu tragen.⁶³⁹ Darüber hinaus sei die „Unverhältnismäßigkeit“ vom EuGH initiativ dahin auszulegen, dass bei absoluter Unverhältnismäßigkeit die Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers nicht auszu-schließen sei;⁶⁴⁰ dies erlaube aber, dass die Kosten für den Ein- und Ausbau, falls erforderlich, durch den Verkäufer beschränkt würden.⁶⁴¹

Die Entscheidung vom EuGH ist zwar von manchen deutschen Juristen kritisiert,⁶⁴² aber der BGH muss daran gebunden sein. Der BGH hat dann durch die richtlinien-konforme Rechtsfortbildung im Wege teleologischer Reduktion des § 439 III BGB die vom EuGH festgestellten Regelungen auf den Verbrauchsgüterkauf be-schränkt,⁶⁴³ und auch den Inhalt der Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers genauer bestimmt: dem Käufer stehe bei Ersatzlieferung kein Wahlrecht dahin zu, ob er dem Verkäufer den Ein- und Ausbau selbst gestatte oder diese Arbeiten selbst durchführe und den Käufer nur auf Kostenerstattung in Kauf nehme,⁶⁴⁴ sondern dem Verkäufer – wenn ich die Entscheidung des BGH richtig verstanden hätte – stehe in der Tat die Wahl hinsichtlich seiner Ersatzlieferungspflicht dahin zu, dass er entweder die notwendigen Arbeiten des Ein- und Ausbau selbst vornehme oder den Käufer auf die von ihm zu ertragenden Kosten des Ein- und Ausbaus in Höhe eines angemessenen Betrags verweise.⁶⁴⁵ Falls der Verkäufer die Kostenerstattung des Ein- und Ausbaus

⁶³⁸ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 45-53

⁶³⁹ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 62

⁶⁴⁰ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 71

⁶⁴¹ EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 74-78

⁶⁴² Zum Beispiel hat Lorenz zu Recht die Begründung vom EuGH als Zirkelschluss bemerkt, „wenn er darlegt, die Aus- und Einbaukosten stellten zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendige Kosten dar, weil zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Einbau erforderlich sei,“ und dann die zivilrechtliche Kompetenz vom EuGH ein bisschen bezweifelt. *Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243, 2245. Kaiser hat zu Recht kritisiert, dass die Vorlagefragen des BGH und AG-Schorndorf auf die Kostenübernahme beschränkt sind und der EuGH ohne ausdrückliche Umformulierung direkt die Frage nach dem Ein- und Ausbau bearbeitet hat. *Kaiser*, JZ 66 (2011), 978, 979. Lorenz und Kaiser haben gemeinsam kritisiert, dass eine solche Ausweiterung letztlich zu einem verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruchssystem führen dürfte, was zum Systembruch des deutschen Schadenersatzrechts führen könnte. *Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243; *Kaiser*, JZ 66 (2011), 978, 982.

⁶⁴³ BGH NJW 2012, 1073, Rn. 35 f. Die Beschränkung auf den Verbrauchsgüterkauf ist weiter durch spätere Rechtsprechungen bestätigt und verdient die Zustimmung. Vgl. BGH NJW 2013, 222; 2014, 283; *Lorenz*, NJW 2013, 207 ff.; *Witt*, NJW 2014, 2156 ff.

⁶⁴⁴ BGH NJW 2012, 1073, Rn. 27

⁶⁴⁵ BGH NJW 2012, 1073, Rn. 27, 35, 53; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 437 Rn. 79. Dies schließt die von Kaiser aufgestellte Alternative (*Kaiser*, JZ 66 (2011), 978, 985 f.) aus, dass sich der Käufer auf den Ein- und Ausbau verpflichtet und dann auf den Kostenerstattungsanspruch beschränkt (Mitwirkungsobliegenheit des Käufers). Vgl. BGH NJW 2012, 1073, Rn. 43

gewählt habe und der Käufer nicht mit dem Betrag der Kostenerstattung einverstanden sei, sei dann durch das Gericht der Betrag der Kostenerstattung zu bemessen.⁶⁴⁶

Zusammenfassend kann die neue vom BGH in Anspruch genommene Lehre so dargestellt werden: Der Verkäufer darf im Falle der Ersatzlieferung als der einzig möglichen Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf die Ersatzlieferung nicht verweigern und ist zum Ein- und Ausbau verpflichtet, er kann den Ein- und Ausbau selbst vornehmen oder den Käufer auf die vom ihm zu tragenden erforderlichen Kosten des Ein- und Ausbaus in angemessener Höhe verweisen.

(3) Der Transaktionskostenvergleich zwischen den zwei konkurrierenden Lehren

Die oben ausgeführten zwei Lehren gewähren den Verbraucherschutz in unterschiedlichen Niveaus: die alte, jetzt vom BGH aufgegebene Lehre (kürzlich: La) zielt zwar auf den Verbraucherschutz ab, aber nimmt auch die Interessen des Verkäufers in Rücksicht; die neue, vom BGH in Anspruch genommene Lehre (kürzlich: Ln) zielt auf den erhöhten Verbraucherschutz ab, wodurch der Verkäufer mit erhöhten ökonomischen Kosten belastet wird. In diesem Fall kann man nicht einfach behaupten, wessen Interessen gewährleistet werden sollen. Dies gehört zum Werturteil, und dafür gibt es keine wahre oder richtige Antwort. Aber man kann durch den Transaktionskostenvergleich dieser konkurrierenden Lehren bestimmen, welche Lehre in der realen Welt besser befolgt werden kann und daher größere faktische Geltung besitzt. Entsprechend dem Gedanken der Überprüfung der juristischen Geltung soll in der Praxis diese Lehre angewendet werden, durch die die größere faktische Geltung verwirklicht wird. Nehmen wir hier den typischen Fall des Verbrauchsgüterkaufs an, für den die miteinander konkurrierenden La und Ln gelten können: der Verkäufer als Händler ist nicht der Hersteller der zu liefernden Sache (z.B. Parkettstäbe, Bodenfließen), bei der mangelhaften Lieferung ist nur die Ersatzlieferung möglich und der Ein- und Ausbau unvermeidlich.

Zunächst ist festzustellen, dass der Verkäufer keinen ökonomischen Anreiz, absichtlich dem Käufer die mangelhafte Sache zu liefern, denn er kann sich mit dem Käufer die Transaktionsrente beim Kaufgeschäft teilen, nur wenn er dem Käufer die vertragsgemäße Sache liefert. Und der Käufer hat auch keinen ökonomischen Anreiz, absichtlich die mangelhafte Sache entgegenzunehmen und dann die Nacherfüllung oder den Schadensersatz zu beanspruchen, denn in der realen Welt ist bei mangelhafter Lieferung die Vergütung für den Käufer aus ökonomischer Sicht immer beschränkt und umfasst nicht die vollständigen Kosten des Käufers. Der Verkäufer und

⁶⁴⁶ BGH NJW 2012, 1073, Rn. 54. Die schließt auch die Vorschläge aus, dass der Verkäufer unter Berücksichtigung des § 439 III 2 BGB die Kosten des Ein- und Ausbaus herabsetzen darf (*Förster*, ZIP 2011, 1493, 1500), und dass der Verkäufer den Ein- und Ausbau verweigern kann, wenn der Käufer die Kostenbeteiligung ablehnt (*Faust*, JuS 2011, 745, 747; *Jaensch*, NJW 2012, 1025, 1028). Vgl. BGH NJW 2012, 1073, Rn. 38, 43

der Käufer haben also (ex-ante) das gemeinsame Interesse an der vertragsgemäßen Lieferung. Die mangelfreie Sache ist der Gegenstand des Kaufvertrags und deren Kaufpreis enthält natürlich die Kosten des Gewährleistungsrechts des Käufers bei später möglicher eingetretenen Sachmängeln, die dem Verkäufer auferlegte Nacherfüllungspflicht ist daher aus ökonomischer Sicht als die von ihm angebotene Versicherung der mangelfreien Sache angesehen.⁶⁴⁷

Lässt sich die La geltend machen, wird der normalerweise risikoscheue Käufer vor dem Einbau die Sache genauer (ex-ante) untersucht, um den möglichen Sachmangel und somit die später möglichen Ein- und Ausbaukosten zu vermeiden. Diese Untersuchung bringt die Kosten und reduziert die vom Käufer erlangte Transaktionsrente des Kaufgeschäfts.⁶⁴⁸ In diesem Fall macht der reale Preis der Kaufsache für den risikoscheuen Käufer die Summe von diesen Untersuchungskosten und dem Marktpreis aus. Diese Untersuchungskosten können erspart werden, wenn dem risikoscheuen Käufer die Versicherung der Kostenerstattung des Ein- und Ausbaues angeboten ist; solange der Preis dieser Versicherung niedriger als seine Untersuchungskosten ist, will der risikoscheue Käufer diese Versicherung bezahlen. Es ist allgemein anerkannt, dass der Händler als Verkäufer mit günstigerem Preis diese Art Versicherung mittelbar oder unmittelbar anbieten kann, denn er gegenüber jeglichen individuellen Käufern nicht nur bei Selbstvornahme des Ein- und Ausbaus die Skalenvorteile, die Kostensumme der mehrmaligen Ein- und Ausbaue in einer Zeitphase zu mindern, sondern auch bei Kostentragung des Ein- und Ausbaus die Informationsvorteile, am Markt preisgünstige Anbieter der Ein- und Ausbauleistung zu finden. Wenn die Transaktionskosten zwischen Käufer und Verkäufer sehr niedrig wären, würden die beiden bei der Geltendmachung der La weiter vertraglich darüber vereinbaren, dass der Verkäufer gegen die Zahlung des Käufers, die in der Regel kleiner als die Untersuchungskosten des Käufers ist, den Ein- und Ausbau unternehmen würde; dies stellt eigentlich den durch die vertragliche Zuordnung erreichten Sachgehalt der Ln dar, d.h. vom ex-ante Standpunkt aus haben bei Geltendmachung der La sowohl der Verkäufer als auch der Käufer auch den Anreiz, den Sachgehalt der Ln zu erreichen.

Der Händler als Verkäufer hat zwar gegenüber dem Käufer gem. § 433 I 2 BGB keine Untersuchungspflicht, aber gegenüber dem Hersteller gem. § 377 II HGB die

⁶⁴⁷ Schäfer/Ott, LÖAZ 2012, 517 f.

⁶⁴⁸ Beispielsweise beträgt der Gebrauchswert des Kaufgegenstandes 1000 €, und sein Kaufpreis beträgt 800 €, dann die vom Käufer erlangte Transaktionsrente beträgt 200 €, die durch die Untersuchung des Käufers verringert wird. Wenn die Untersuchungskosten nun 100 € betragen, wird der Käufer nur 100 € Transaktionsrente vorbehalten. Es ist hier beachtlich, dass der Käufer hier zwischen den ex-ante Untersuchungskosten und dem Erwartungsverlust wegen der möglichen mangelhaften Lieferung abwägen wird, der Erwartungsverlust macht die Ein- und Ausbaukosten mal der Wahrscheinlichkeit der mangelhaften Lieferung aus. Die Summe des wegen der Untersuchung zu vermeidenden Erwartungsverlusts muss höher als die Untersuchungskosten an der Grenze sein, sonst würde der Käufer an bestimmter Grenze nicht mehr ex-ante die gelieferte untersuchen.

Untersuchungsbliegenheit. Wenn der Händler offene Sachmängel nicht durch die Untersuchung entdeckt hat, verliert er auch den Regressanspruch gegenüber dem Hersteller aus § 478 BGB. Lässt sich die Ln geltend machen, wird er darüber hinaus zusätzlich die Ein- und Ausbaukosten ertragen. Dies gibt dem Verkäufer den Anreiz, vor jeder Lieferung genauere Untersuchungen vorzunehmen, was zwar zu zusätzlichen Untersuchungskosten führt, aber zur Reduzierung der gesamten Kosten jeder Lieferung und somit zur Reduzierung des endgültigen Kaufpreises führt, was sicherlich dem Käufer den ökonomischen Vorteil bringt. Obwohl bei der Geltendmachung der Ln die zunächst dem Verkäufer angelasteten Ein- und Ausbaukosten letztlich auf den Kaufpreis abzuwälzen ist,⁶⁴⁹ führt die Geltung der Ln im Vergleich mit der La vom ex-ante Standpunkt aus letztlich zum niedrigeren realen Kaufpreis des Kaufgegenstandes führt, weil durch die Geltung der Ln einige bei der Geltendmachung der La entstandenen Transaktionskosten, z.B. die Kosten der (ex-ante) Untersuchungen des Käufers und die Verhandlungskosten zwischen Verkäufer und Käufer über die Übertragung des Ein- und Ausbaues auf den Verkäufer, erspart werden.

Wenn die La geltend gemacht wird und die gelieferte Sache (ex-post) mangelhaft ist, hat der Käufer sicherlich (ex-post) keinen Anreiz, die Kosten des Ein- und Ausbaues zu tragen, dagegen ist es unklar, ob der Verkäufer (ex-post) unbedingt den Ein- und Ausbau nicht initiativ tragen mag.⁶⁵⁰ Selbst wenn der Verkäufer nicht initiativ diese Kosten hinnehmen wollte, kann und wird der Käufer in der realen Welt mit dem Verkäufer darüber streiten, damit der Verkäufer möglicherweise „zwingend“ oder gegen „angemessene“ Gebühren zum Ein- und Ausbau verpflichtet ist, d.h. der Käufer hat sowohl den Anreiz als auch in der realen Welt möglicherweise den Mittel, die Regelung der La, dass sich der Verkäufer gar nicht zum Ein- und Ausbau verpflichtet, außer faktischer Geltungskraft zu setzen, dabei werden sicherlich hohe Transaktionskosten entstehen, z.B. die Kosten der Streites um „Recht“, die Kosten der „zwingenden“ Verhandlungen oder die Kosten der „genaueren“ Untersuchung des Vertragstexts.

Im Gegensatz dazu wird bei der Geltendmachung der Ln der Verkäufer in der Regel nur seine Pflicht zum Ein- und Ausbau in Kauf nehmen, über die kein Streit zwischen ihm und dem Käufer eintreten wird. Denn nach der Ln kann der Verkäufer dem Käufer die Kosten des Ein- und Ausbaues aufweisen. Wenn der Käufer im Vergleich mit dem Verkäufer mit kleineren Kosten den Ein- und Ausbau erledigen kann, wird er dem Betrag der Kostenerstattung des Verkäufers zustimmen. Wenn der Käufer den Betrag der Kostenerstattung ablehnt, kann der Verkäufer selbst den Ein- und Ausbau erledigen. Selbst wenn der Verkäufer seine Ersatzlieferungspflicht nicht einhält, d.h. wenn der Verkäufer weder den Ein- und Ausbau vornimmt noch dessen Kosten hin- nimmt, kann der Käufer gem. § 437 II oder III BGB vom Kaufvertrag zurücktreten

⁶⁴⁹ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; MüKoBGB/Westermann, § 439 Rn. 15.

⁶⁵⁰ In der realen Welt, um gute Berühmtheit seiner Service zu erlangen, wird der Verkäufer wahrscheinlich initiativ die Ein- und Ausbaukosten hinnehmen, die nicht zum Inhalt der vertraglichen Leistung gehören.

und/oder den die Kosten des Ein- und Ausbaues umfassenden Schadensersatz verlangen oder gem. § 440 BGB den Kaufpreis entsprechend mindern, sodass die Regelung der Ln mittelbar auch (ex-post) geltend gemacht wird. In diesem Fall handelt es sich dann um die Bemessung der Kosten des Ein- und Ausbaues durch das Gericht.⁶⁵¹ Um die Transaktionskosten zu ersparen und somit die faktische Geltung der Ln nicht zu verringern, ist es hier vorzuschlagen, die Ein- und Ausbaurkosten nach seinem entsprechenden Marktpreis zu messen, der von den die Leistung des Ein- und Ausbaues anbietenden Marktanbietern festgestellt ist. Es ist dann klar geworden, dass vom ex-post Standpunkt aus die Ln die größere faktische Geltung als die La besitzt, weil durch die Geltung der Ln einige bei Geltung der La entstandenen Transaktionskosten vermieden sind, z.B. die Kosten des Streits darüber, wer in der Tat die Kosten des Ein- und Ausbaues hinnehmen wird.

Aus dem Transaktionskostenvergleich zwischen der La und Ln ist dann zu entnehmen, dass sowohl aus dem ex-ante als auch aus dem ex-post Standpunkt durch die Geltendmachung der Ln viele bei der Geltung der La entstandenen Transaktionskosten erspart werden. Die Regelung der Ln führt daher zu niedrigeren Transaktionskosten, erlangt gem. dem Transaktionskostenparadigma die größere faktische Geltungskraft als die La, und ist daher entsprechend dem Gedanken der Überprüfung der juristischen Geltung vor der La bevorzugt.

d) Zwischenfazit

Die positive Rechtsökonomik kann durchaus als Rechtsanwendungsmethode zur Auswahl rechtsdogmatischen Lehrsätzen dienen. Sie setzt die Transaktionskostenminimierung als Kriterium der Auswahl der angemessenen rechtsdogmatischen Lehre ein, denn nach dem Transaktionskostenparadigma ist die faktische Geltung einer dogmatischen Lehre durch die aus ihr entstandenen Transaktionskosten bestimmt. Die rechtsdogmatische Lehre, die im Vergleich mit allen anderen konkurrierenden Lehren das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt, erlangt daher die größere faktische Geltungskraft und ist entsprechend dem Gedanken der Überprüfung der juristischen Geltung vorzuziehen.

Entsprechend der Anforderung der Transaktionskostenminimierung kann man solche konkreten Auswahlmethoden formulieren: wenn die Zwecke der anzuwendenden Rechtssätze festgestellt wird, ist die solche rechtsdogmatische Lehre auszuwählen, die zunächst der Zweckmäßigkeits- und dann der Einfachheitsanforderung nachkommt. Die Zweckmäßigkeit hier bedeutet, dass die Sachgehalte der dogmatischen Lehre nicht nur nach dem aktuellen Natur- und Technikwissenschaftsstandard erreichbar sind, sondern auch nach der positiven Rechtsökonomik von den betroffenen

⁶⁵¹ Der BGH hat im Bodenfliesenfall die vom Verkäufer getragenen Ausbaurkosten auf 600 € begrenzt, obwohl die kompletten Ausbaurkosten ungefähr 1200 € betragen. BGH NJW 2012, 1073, Rn. 54. Kaiser kritisiert zutreffend diese Begrenzung. Vgl. *Kaiser*, JZ 68 (2013), 346, 348 f.

Akteuren unter gegebenem Umstand sozial-realistisch befolgt sind. Die Einfachheit hier bedeutet, dass immer eine einheitliche Lehre zum Problemlösen bevorzugt ist und der ad-hoc-Charakter der dogmatischen Lehre zu vermeiden ist. Wenn konkurrierende Lehren zu unterschiedlichen Normzwecken dienen, dann kann man direkt durch den Transaktionskostenvergleich zwischen solchen Lehren diese Lehre auswählen, die das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt.

Zusammenfassung der wichtigsten Thesen

(I) Die These, dass die Rechtsökonomik als Rechtsanwendungsmethode unbeschränkt verwertet werden kann, hängt zunächst von der Existenz der wissenschaftlichen Ökonomik ab.

(I.1) Angesichts des kritischen Rationalismus beruht die Wissenschaftlichkeit einer Disziplin darauf, dass die theoretische Aussage aus dieser Disziplin den hypothetischen Charakter und die kritische Prüfbarkeit bzw. die Widerlegbarkeit besitzt, weil die Zielsetzung der Wissenschaftspraxis nicht in der Suche nach der absolut sicheren Wahrheit, sondern im Erkenntnisfortschritt besteht. Die wissenschaftliche Erklärung erfolgt durch die Zurückführung auf die wissenschaftliche Theorie und die relevanten Randbedingungen, und kann durch die empirische Aussage widerlegt werden; falls sie widerlegt wird, soll man in der Regel die relevanten Randbedingungen erneut bestimmen.

(I.2) Entsprechend der Wissenschaftlichkeitsanforderung des kritischen Rationalismus gilt die wissenschaftliche Ökonomik als die Wissenschaft zur Erklärung des menschlichen Verhaltens. Ihr liegen drei grundlegenden Annahmen zugrunde, also die Ressourcenknappheit, der individuelle Egoismus und die Rationalitätsannahme. Die letzten zwei Annahmen gelten als das methodologische Prinzip und dienen zur Prüfung der Richtigkeit der ökonomischen Erklärung; die Ergebnisse aus der Verhaltensökonomik, die angeblich diese zwei grundlegenden Annahmen in Frage stellen, sind durch korrigierte ökonomische Erklärungen eigentlich mit diesen zwei grundlegenden Annahmen vereinbar. Aus diesen drei grundlegenden Annahmen kann man ökonomische Gesetze ableiten. Die wissenschaftliche ökonomische Erklärung des menschlichen Verhaltens erfolgt – gleich wie die allgemeine wissenschaftliche Erklärung – durch die Zurückführung auf das bestimmte ökonomische Gesetz und die bestimmten Randbedingungen (Restriktionen). Falls diese ökonomische Erklärung fehlerhaft ist, soll man dann erneut die passenden Restriktionen bestimmen. Es ist durch diese Erklärung zwei Zwecke zu erreichen: die Auslegung des vergangenen Geschehens und die Vorhersage des zukünftigen menschlichen Verhaltens.

(I.3) Zu ökonomischen Gesetzen gehören das Gesetz der Nutzenmaximierung und das Nachfragegesetz, die jeweils auf die Nutzen- oder Nachfrageanalyse hinweisen. Die Nutzenanalyse ist hier kritisiert, weil sie in vielen Fällen ohne empirische Untersuchungen direkt eine konkrete Form der ordinalen Nutzenfunktion der individuellen Präferenz oder die gleiche Präferenz der betroffenen Akteure annimmt. Im Gegensatz dazu hat die Nachfragekurve eine bestimmte Form, und die Nachfrageanalyse kann für alle Arten menschlichen Verhaltens gelten. Das Nachfragegesetz besagt, dass die verbrauchten Mengen des ökonomischen Gutes steigen, wenn der Preis dieses Gutes sinkt. Vom ökonomischen Gut spricht man, wenn eine Sache in der realen Welt von mehr als zwei Personen gewollt ist; solange die bestimmte Sache als ökonomisches Gut angesehen werden kann, gelten für sie das Nachfragegesetz und die ökonomische Analyse. Zum Preis gehört nicht nur der Marktpreis, der die

Existenz des entsprechenden Markts voraussetzt, sondern auch der Schattenpreis, durch den das außerhalb des Markts liegende ökonomische Gut gehandelt wird. Der Marktpreis eines ökonomischen Gutes ist gleich den Grenzkosten seines Anbieters, und der Schattenpreis eines ökonomischen Gutes die Grenzkosten der zu seiner Herstellung verbrauchten Ressourcen. Die Kosten bezeichnen sich in der Ökonomik immer als die Opportunitätskosten, also als der höchste Gewinn aus den verlassenen Alternativen, daher sind die Grenzkosten der höchste Gewinn des zusätzlichen Gutes aus den verlassenen Alternativen. Da das menschliche Verhalten in der realen Welt entweder unmittelbar oder mittelbar auf irgendwelchem ökonomischen Gut beruht, kann für es das Nachfragegesetz und die Nachfrageanalyse gelten.

(II) Bei der positiven Rechtsökonomik handelt es sich um die Erklärung der Auswirkungen der bestimmten Regelungen, die aus ökonomischer Sicht als variable Restriktionen des menschlichen Verhaltens angesehen werden, auf das menschliche Verhalten in der realen Welt. Da unterschiedliche menschliche Handlungen unterschiedliche Ressourcenallokationen aufweisen, können unterschiedliche Regelungen in der realen Welt zu unterschiedlichen Ressourcenallokationen führen.

(II.1) Die populäre Version des Coase-Theorems besagt aber, dass bei Null-Transaktionskosten die rechtlichen Regelungen keinen Einfluss auf die endgültige Ressourcenallokation. Dies deutet nicht an, dass bei Null-Transaktionskosten die rechtlichen Regelungen sinnlos sind. Ohne jegliche Rechtszuordnungen würde sich die reziproke Natur schädigender Handlungen erweisen, die daher durch die klare Rechtszuordnung sofort erlischt; die Aussage, dass der Handelnde seinen schädigenden Effekt hinnehmen soll, aber in der Tat nicht hinnimmt, impliziert gar nicht die Divergenz zwischen den privaten und sozialen Kosten, sondern das Fehlen oder die Kritik der bestimmten Rechtszuordnung. Bei Null-Transaktionskosten ist die endgültige Ressourcenallokation optimal (die Effizienzthese), und bleibt unabhängig von jeglichen Rechtszuordnungen gleich (die Invarianzthese). Die Invarianzthese erleidet allerdings kräftige Kritik, denn der Einkommenseffekt und der von Verhaltensökonomern erfundene Besitzeffekt stellen diese These in Frage. Es wird aber begründet, dass der Einkommenseffekt in der Welt von mehr als zwei Personen kaum Einfluss auf die Gültigkeit der Invarianzthese, und dass die den Besitzeffekt bestätigten Phänomen durch die Nachfrageanalyse erklärt werden können, sodass die Erfindung des sog. Besitzeffekts völlig überflüssig ist und die Invarianzthese dann gültig bei Null-Transaktionskosten bleibt.

(II.2) Das Coase-Theorem gewinnt seinen Sinn nicht nur in der unrealen Welt der Null-Transaktionskosten, sondern auch in der realen Welt. Es erklärt die Kausalität zwischen den Regelungen und menschlichen Handlungen aus den Standpunkten von Rechtszuordnung und Transaktionskosten.

(II.2.1) Die Rechtszuordnung wird als die Zubilligung des bestimmten Rechts an bestimmten Akteuren. Das zuzuordnende Recht ist hier als das subjektive Recht bezeichnet, das die bestimmte Verhaltensbefugnis des bestimmten Akteurs gegenüber bestimmten oder allen anderen Akteuren darstellt. Die fehlende Rechtszuordnung kann durch das legislative Verfahren (die legislative Rechtszuordnung) oder durch die Rechtsprechung (die justizielle Rechtszuordnung) ausgeführt werden. Darüber hinaus können die betroffenen Akteure vertraglich vereinbaren, ob sie diese Rechtszuordnung einhalten, durchsetzen, aufgeben oder eine Transaktion über das zugeordnete Recht machen werden (die vertragliche Rechtszuordnung). Da die legislative oder justizielle Rechtsordnung als die Basis der weiteren vertraglichen Rechtszuordnung gewertet wird, kann die legislative oder justizielle Rechtszuordnung als die anfängliche Rechtszuordnung genannt werden. Es ist mit dem Beispiel der Deliktsrechtspraxis begründet, dass kein Vorzug der effizienten anfänglichen Rechtszuordnung gegenüber der klaren anfänglichen Rechtszuordnung besteht, dabei ist auch der ökonomische Sinn der Rechtsdogmatik erkennbar, der in der Ersparung der Transaktionskosten besteht, deshalb hat das Fallrechtssystem keinen Vorzug gegenüber dem kodifizierten Rechtssystem, in dem die Rechtsdogmatik beherrscht.

(II.2.2) Die Transaktionskosten müssen so bestimmt werden, dass die Gültigkeit des Coase-Theorems garantiert wird. Demzufolge werden die Transaktionskosten einfach als die Kosten der jeglichen Arten der Rechtszuordnungen bezeichnet (die Property-Right-Version der Transaktionskosten), sie bewirken in der realen Welt die Auflösung der Transaktionsrente, die durch die Transaktion über das zu handelnde subjektiven Recht zu erreichen ist und aus intuitivem Verständnis als der Nettogewinn der Transaktion angesehen werden kann. Die betroffenen Akteure nehmen die Transaktionskosten hin, solange die Transaktionskosten nicht die Grenze der Transaktionsrente überschreiten. Die aktuelle Rechtsordnung, die den Zustand der legislativen Rechtszuordnungen bestimmt, führt zu den weiteren legislativen, oder justiziellen, oder vertraglichen Rechtszuordnungen, und dann löst die unterschiedlichen Transaktionskosten aus. Wenn man die bestimmte rechtliche Regelung als exogene Variablen annimmt, ist aus der Rationalitätsannahme zu entnehmen, dass das Verhalten der betroffenen Akteure, das auch die bestimmte Rechtszuordnungsweise aufweist, unter dem gegebenen Umstand stets das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt (das Paradigma der Transaktionskosten). Dieses Paradigma kann zur Prüfung der rechtsökonomischen Erklärung dienen: Wenn durch diese rechtsökonomische Erklärung darauf hingewiesen wird, dass die von den betroffenen Akteuren gewählte Rechtszuordnungsweise nicht als das restriktive Minimum der Transaktionskosten unter gegebenem Umstand angesehen wird, ist diese rechtsökonomische Erklärung fehlerhaft. Darüber hinaus ist aus dem Paradigma der Transaktionskosten zu entnehmen, dass die rechtliche Regelung, deren Geltung zu hohen Transaktionskosten führt, nicht von den betroffenen Akteuren realistisch befolgt wird; in diesem Fall werden sie diese Regelung wählen, die unter gegebenem Umstand das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt und somit die faktische Geltung besitzt.

(II.3) Mit dem vertiefenden Verständnis des Coase-Theorems kann die Effizienzproblematik in der Rechtsökonomik gelöst werden, in Betracht kommen also das Pareto-Effizienzkriterium und das Kaldor-Hicks-Kriterium. Da das Pareto-Effizienzkriterium in der realen Welt, soweit man die Transaktionskosten der jeglichen Ressourcenallokationen berücksichtigt, immer erreicht wird, kann es nicht als (normatives) Rechtsprinzip bei der Rechtsanwendung verwertet werden. Vielmehr gilt es als methodologisches Prinzip, und dient zur Prüfung der ökonomischen oder rechtsökonomischen Erklärung. Die Durchsetzung des Kaldor-Hicks-Kriteriums setzt stets die vom Begünstigten vorgenommene beschränkte Vergütung des Verlusts des Benachteiligten voraus, führt neben dem logischen Widerspruch in der Regel zu hohen Transaktionskosten, sodass das Ziel des Kaldor-Hicks-Kriteriums als die Maximierung der sozialen Wohlfahrt in der realen Welt regelmäßig verfehlt wird. Wegen der fehlenden Durchsetzbarkeit kann das Kaldor-Hicks-Kriterium auch nicht als (normatives) Rechtsprinzip bei der Rechtsanwendung verwertet werden.

(III) Die Rechtsökonomik als die Rechtsanwendungsmethode schränkt sich auf die Auswahl der angemessenen rechtsdogmatischen Lehre aus den verfügbaren konkurrierenden Lehren nach der positiven Rechtsökonomik, stellt sich daher als der Begründungszusammenhang dar und umfasst also nicht die Entdeckung der neuen dogmatischen Lehren.

(III.1) Das unvermeidliche Werturteil bei der Rechtsanwendung kann mithilfe der Methodologie des kritischen Rationalismus gelöst werden, die nicht auf die sichere Begründung, sondern auf die kritische Prüfung der wertenden Aussage abstellt. Denn jedes Werturteil enthält bestimmte Sachgehalte, deren Realisierbarkeit durch empirische Wissenschaften geprüft werden kann; um das Werturteil bei der Rechtsanwendung prüfen zu können, soll man zunächst die Sachgehalte des Werturteils festsetzen. Dann kann man auf das Werturteil die Methodologie des kritischen Rationalismus anwenden, zu der das Brücken-Prinzip und der Komparativismus gehören. Das Brücken-Prinzip besagt, dass das Sollen das Können impliziert und das Nicht-Können das Nicht-Sollen impliziert. Dementsprechend kann die Realisierbarkeit der Sachgehalte des Werturteils bei der Rechtsanwendung durch die aktuellen Natur- und Technikwissenschaften geprüft werden; das Werturteil, deren Sachgehalte nach den aktuellen Natur- und Technikwissenschaften nicht erreichbar sind oder nicht zum bestimmten Zweck fähig sind, ist angesichts des Brücken-Prinzips in Bezug auf der Realisierbarkeit widerlegt. Der Komparativismus besagt, dass die Aussage, die die größte Erklärungskraft hat, ausgewählt werden soll, und bedeutet in Bezug auf das Werturteil bei der Rechtsanwendung, dass im Vergleich mit konkurrierenden Werturteilen das Werturteil, deren Sachgehalte aus Sicht der wissenschaftlichen Ökonomik zu kleinsten Kosten führen, vorzuziehen ist, weil die Sachgehalte dieses Werturteils nach der jeweiligen Präferenz der betroffenen Akteure vorrangig sind und in der realen Welt von diesen Akteuren befolgt werden.

(III.2) Die Bewertung der rechtsdogmatischen Lehrsätze mithilfe der Realwissenschaft setzt es voraus, dass die Rechtsdogmatik selbst als Realwissenschaft betrachtet werden kann. Dies widerspricht allerdings der herkömmlichen Ansicht über die Rechtsdogmatik, danach wird die Rechtsdogmatik als eine Art der normativen Wissenschaft bezeichnet, weil sie als die Textwissenschaft gilt, das geltende Recht die Begründung der juristischen Geltung fordert und es für die Rechtspraxis keine einzig objektive richtige Entscheidung gibt. Im Gegensatz dazu kann die Rechtsdogmatik als Realwissenschaft angesehen werden, wenn man auf die Ansicht der eindimensionalen Tätigkeit der Rechtsdogmatik, den Gedanken der zureichenden Begründung der juristischen Geltung und den Anspruch auf die Verselbstständigung der Rechtsdogmatik verzichtet. Statt der zureichenden Begründung der juristischen Geltung kann man die Überprüfung der juristischen Geltung vornehmen, indem die faktische Geltung der Rechtsregelung, also die realistische Befolgung der Sachgehalte dieser Rechtsregelung von den betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand, mithilfe der positiven Rechtsökonomik geprüft wird. Auf dieser Grundlage kann die Rechtsdogmatik als Lösungsmuster der zwischenmenschlichen Probleme angesehen werden, sie hat also den hypothetischen Charakter und setzt das Lösen der bestimmten Probleme als Ausgangspunkt ein, was angesichts der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus zu den wichtigsten Merkmalen der Realwissenschaften gehört. Außerdem kann bei Rechtsdogmatik die einzig objektive richtige Entscheidung als regulative Idee angesehen werden, solange man auf den Anspruch auf der Verselbstständigung der Rechtsdogmatik verzichtet und bei der Bewertung der rechtsdogmatischen Lehren die positive wissenschaftliche ökonomische Analyse anwendet. Zum Schluss kann die Rechtsdogmatik durchaus als die Realwissenschaft angesehen werden.

(III.3) Basiert auf dem Paradigma der Transaktionskosten kann die Auswahl rechtsdogmatischer Lehrsätze bei der Rechtsanwendung durch die positive Rechtsökonomik durchgeführt werden. Dabei ist die Transaktionskostenminimierung als das Auswahlkriterium eingesetzt, sie entspricht der Idee der Überprüfung der juristischen Geltung, die durch die Analyse der faktischen Geltung der rechtlichen Regelung vorgenommen wird, denn die rechtsdogmatische Lehre, die im Vergleich mit anderen konkurrierenden Lehren unter gegebenem Umstand das restriktive Minimum der Transaktionskosten darstellt, nach dem Paradigma der Transaktionskosten auch die faktische Geltung der entsprechenden rechtlichen Regelung am höchsten verwirklicht. Außerdem fördert die Transaktionskostenminimierung die bei der Rechtsanwendung entweder vom Gesetzgeber oder vom Rechtsanwender gebilligte Verteilungsgerechtigkeitsidee. Dementsprechend sind drei konkrete Auswahlmethoden formuliert: die Auswahl nach der Zweckmäßigkeit, danach ist die solche rechtsdogmatische Lehre ausgewählt, deren Sachgehalte nicht nur angesichts der aktuellen Natur- und Technikwissenschaften erreichbar sind, sondern auch nach der positiven Rechtsökonomik von den betroffenen Akteuren unter gegebenem Umstand realistisch befolgt sind, solange diese konkurrierenden Lehren zu gleichen Zwecken dienen; die Auswahl nach der Einfachheit, danach ist die einheitliche Lehre, die keinen

ad-hoc-Charakter hat, bevorzugt, solange die konkurrierenden Lehren zum Lösen gleicher Probleme leistungsfähig sind; der Transaktionskostenvergleich, dadurch wird diese Lehre ausgewählt, die im Vergleich mit anderen konkurrierenden Lehren das restriktive Minimum der Transaktionskosten unter gegebenem Umstand darstellt.

Literaturverzeichnis

- Afriat, S. N.*, The Construction of Utility Functions from Expenditure Data, Intern. Econ. Rev. 8 (1967), S. 67–77.
- Agassi, Joseph*, Tautology and Testability in Economics, Philos. Soc. Sci. 1 (1971), S. 49–63.
- Albert, Hans*, Aufklärung und Steuerung – Aufsätze zur Sozialphilosophie und zur Wissenschaftslehre der Sozialwissenschaften, Hamburg 1976 (zit. *Albert*, AuS 1976).
- , Traktat über rationale Praxis, Tübingen 1978 (zit. *Albert*, TrP 1978).
- , Kritik der reinen Erkenntnislehre – Das Erkenntnisproblem in realistischer Perspektive, Tübingen 1987 (zit. *Albert*, KrE 1987).
- , Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991 (zit. *Albert*, TkV 1991).
- , Rechtswissenschaft als Realwissenschaft – Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz ; [Vortrag, gehalten am 18. Februar 1993], Baden-Baden 1993 (zit. *Albert*, RaR 1993).
- , Kritik der reinen Hermeneutik – Der Antirealismus und das Problem des Verstehens, Tübingen 1994 (zit. *Albert*, KrH 1994).
- , Kritischer Rationalismus – Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens, Tübingen 2000 (zit. *Albert*, KR 2000).
- , Erkenntnislehre und Sozialwissenschaft – Karl Poppers Beitrag zur Analyse sozialer Zusammenhänge, Wien 2003 (zit. *Albert*, EuS 2003).
- , Kritische Vernunft und rationale Praxis, Tübingen 2011 (zit. *Albert*, KVRP 2011).
- Alchian, Armen A.*, The Meaning of Utility Measurement, Am. Econ. Rev. 43 (1953), S. 26–50.
- , Some Economics of Property Rights, II Politico 30 (1965), S. 816–829.
- , Property Rights, in: Henderson, David R. (Hrsg.), The Fortune encyclopedia of economics – 141 top economists explain the theories mechanics and institutions of money trade and markets, New York 1993, S. 69–73 (zit. *ders.*, Henderson 1993).
- , Cost, in: *ders.* (Hrsg.), Choice and cost under uncertainty – The collected works of Armen A. Alchian, Indianapolis, Ind. 2006, S. 180–201 (zit. *ders.*, Alchian 2006).
- , rent, in: Durlauf, Steven N./Palgrave, Robert Harry Inglis (Hrsg.), The new Palgrave dictionary of economics, Basingstoke [u.a.] 2008, S. 90–93 (zit. *ders.*, Durlauf et al. 2008).
- Alchian, Armen A./Allen, William R.*, Exchange & production – Competition, coordination, & control, Belmont, Calif. 1992 (zit. *Alchian/Allen*, E&P 1992).
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung ; Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1991 (zit. *Alexy*, Argumentation).
- , Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg (Breisgau)/München 1992 (zit. *Alexy*, Begriff und Geltung).
- , Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: *ders.* (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 94–108 (zit. *ders.*, RVD).
- , Probleme der Diskurstheorie, in: *ders.* (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 109–126 (zit. *ders.*, RVD).
- (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995.
- , Die Doppelnatur des Rechts, Der Staat 50 (2011), S. 389–404.

- Allen, Douglas W.*, What Are Transaction Costs?, *Research in Law and Economics* 14 (1991), S. 1–18.
- , Property Rights, Transaction Costs, and Coase – One More Time, in: Medema, Steven G. (Hrsg.), *Coasean Economics Law and Economics and the New Institutional Economics*, Dordrecht 1998, S. 105–118 (zit. *ders.*, Medema 1998).
- , Transaction Costs, in: Bouckaert, Boudewijn/Geest, Gerrit de (Hrsg.), *The history and methodology of law and economics*, 2000, S. 893–926 (zit. *ders.*, Methodology).
- , *Economic Principles: Seven Ideas for Thinking- about Almost Anything* 2007 (zit. *Allen*, EP 2007).
- , The Coase theorem – Coherent, logical, and not disproved, *Journal of Institutional Economics* 11 (2015), S. 379–390.
- Armstrong, Mark*, Price Discrimination, in: Buccirrossi, Paolo (Hrsg.), *Handbook of anti-trust economics*, Cambridge, Mass. [u.a.] 2008, S. 433–468 (zit. *Armstrong*, Anti-trust).
- Arrow, Kenneth J.*, Social choice and individual values, New Haven 1963 (zit. *Arrow*, Arrow 1963).
- , Rationality of Self and Others in an Economic System, *J. Bus.* 59 (1986), S. S385-S399.
- Assmann, Heinz-Dieter*, Kommentar, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts* 23. März 1988, Berlin Heidelberg, S. 46–50 (zit. *Assmann*, Allokationseffizienz 1989).
- Bäcker, Carsten*, Theologie als Wissenschaft. Eine Antwort auf Hans Michael Heinig, *Der Staat* 49 (2010), S. 477–489.
- Bacon, Francis/Brück, Anton Theobald*, *Neues Organ der Wissenschaften*, Darmstadt 1990 (zit. *Bacon/Brück*, Nues Organ 1620).
- Bar, Christian von*, Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln/München 1980 (zit. *Bar*, Verkehrspflichten).
- Barr, Stuart/Laming, Peter R./Dick, Jaimie T.A./Elwood, Robert W.*, Nociception or pain in a decapod crustacean?, *Animal Behaviour* 75 (2008), S. 745–751.
- Barzel, Yoram*, Doug North, Some Reminiscences, <https://organizationsandmarkets.com/2015/11/29/yoram-barzels-tribute-to-doug-north/> (geprüft am 2017/5/25).
- , Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs, *J. Law Econ.* 20 (1977), S. 291–307.
- , Transaction Costs: Are They Just Costs?, *JITE* 141 (1985), S. 4–16.
- Baurmann, Michael*, *Der Markt der Tugend – Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft ; eine soziologische Untersuchung*, 2. Aufl., Tübingen 2000 (zit. *Baurmann*, Baurmann 2000).
- Becker, Gary S.*, *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, Tübingen 1982 (zit. *Becker*, öAEmV 1982).
- , *A treatise on the family*, Cambridge, Mass. [u.a.] 1991 (zit. *Becker*, Family 1991).
- Beckmann, Roland Michael/Martinek, Michael* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und – Nebengesetzen Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480 (Kaufrecht)* 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Beckmann/Martinek (Hrsg.), Beckmann et al. 2014).
- Benjamin, Daniel K.* (Hrsg.), *Choice and cost under uncertainty – The collected works of Armen A. Alchian*, Indianapolis, Ind. 2006.
- Becker, Gary S./Grossman, Michael*, *Economic Theory*, 2. Aufl., New Brunswick 2008 (zit. *Becker/Grossman*, Economic Theory).

- Ben-shahar, Omri/Schneider, Carl E.*, The Failure of Mandated Disclosure, U. Pa. L. Rev. 159 (2011), S. 647–749.
- Bentham, Jeremy*, A Fragment on Government – Or, A Comment on the Commentaries: Being an Examination of what is Delivered on the Subject of Government in General, in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries: with a Preface, in which is Given a Critique on the Work at Large 1823.
- Blair, Roger D./Carruthers, Celeste K.*, The economics of monopoly power in antitrust, in: Hylton, Keith N./Geest, Gerrit de (Hrsg.), Antitrust law and economics, Cheltenham 2010, S. 64–81 (zit. *Blair/Carruthers*, Hylton et al. 2010).
- Blundell, Richard W./Browning, Martin/Crawford, Ian A.*, Nonparametric Engel Curves and Revealed Preference, *Econometrica* 71 (2003), S. 205–240.
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016 (zit. *Bork*, BGB AT).
- Bremer, Manuel*, Einfachheit, <http://www.mbph.de/Epistemology/einfachheit.pdf> (geprüft am 03.04.2017).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl., München 2016 (zit. *Brox/Walker*, BGB AT).
- Bydlinski, Peter/Weber, Ralph/Westermann, Harm Peter*, BGB - Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Heidelberg u.a. 2013 (zit. *Bydlinski/Weber/Westermann*, SchuldR AT).
- Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), S. 1089–1128.
- Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabell* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 76. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: *Brudermüller/Ellenberger/Götz* (Hrsg.), Palandt et al. 2017).
- Bumke, Christian*, Rechtsdogmatik – Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, *JZ* 69 (2014), S. 641–650.
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien [u.a.] 1991 (zit. *Bydlinski*, JMR 1991).
- Calabresi, Guido*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale L. J.* 70 (1961), S. 499.
- , The costs of accidents – A legal and economic analysis, New Haven 1970 (zit. *Calabresi*, Calabresi 1970).
- , The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further, *Yale L. J.* 100 (1991), S. 1211–1237.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983.
- , Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin 1983 (zit. *Canaris*, SuS 1983).

- , Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Leser, Hans G. (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, Berlin 1992, S. 59–94 (zit. *ders.*, FS Zentaro Kitagawa).
- , Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 48 (1993), S. 377–391.
- , Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Grazer Universitätsreden 50, Graz 1993, S. 23–41 (zit. *ders.*, Richtigkeit).
- , Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln, München 1999, S. 25–61 (zit. *ders.*, FS Medicus).
- Cartwright, Edward*, Behavioral Economics, Abingdon, OX [u.a.] 2014 (zit. *Cartwright*, Behavioral Economics 2014).
- Cassel, Gustav*, Grundriss einer elementaren Preislehre, ZgS 55 (1899), S. 395–458.
- Chalfant, James A./Alston, Julian M.*, Accounting for Changes in Tastes, J. Pol. Econ. 96 (1988), S. 391–410.
- Cheung, Steven N. S.*, The Fable of the Bees: An Economic Investigation, J. Law Econ. 16 (1973), S. 11–33.
- , A Theory of Price Control, J. Law Econ. 17 (1974), S. 53–71.
- , Will China go "capitalist"? – An economic analysis of property rights and institutional change, 2. Aufl., London 1986 (zit. *Cheung*, Cheung 1986).
- , On the New Institutional Economics, in: Werin, Lars/Wijkander, Hans (Hrsg.), Contract economics, Oxford u.a. 1992, S. 48–75 (zit. *ders.*, Werin 1992).
- , The Transaction Costs Paradigm – 1998 Presidential Address Western Economic Association, Econ. Inq. 36 (1998), S. 514–521.
- , Income and Cost – The Behaviour of Supply (Part I), Beijing 2010- (zit. *Cheung*, IaC 2010).
- , The Science of Demand, Beijing 2010- (zit. *Cheung*, SoD 2010).
- , Price Taking and Price Searching – The Behaviour of Supply (Part II), Beijing 2012 (zit. *Cheung*, PTuPS).
- , The Choice of Institutional Arrangements, Beijing 2014 (zit. *Cheung*, Cheung CoIA).
- Coase, Ronald H.*, The Nature of the Firm, Economica 4 (1937), S. 386–405.
- , The Federal Communications Commission, J. Law Econ. 2 (1959), S. 1–40.
- , The Problem of Social Cost, J. Law Econ. 3 (1960), S. 1–44.
- , The Lighthouse in Economics, J. Law Econ. 17 (1974), S. 357–376.
- , Blackmail, Va. L. Rev. 74 (1988), S. 655–676.
- , The firm, the market and the law, Chicago 1990 (zit. *Coase*, FML).
- (Hrsg.), Essays on economics and economists, Chicago 1994.
- , How Should Economists Choose?, in: *ders.* (Hrsg.), Essays on economics and economists, Chicago 1994, S. 15–33 (zit. *ders.*, Economics and Economists 1994).
- , The Institutional Structure of Production, in: *ders.* (Hrsg.), Essays on economics and economists, Chicago 1994, S. 3–14 (zit. *ders.*, Economics and Economists 1994).
- Coleman, Jules L.*, Efficiency, utility, and wealth maximization, Hofstra L. Rev. 8 (1980), S. 509–551.
- Cooter, Robert*, The Cost of Coase, J. Legal Stud. 11 (1982), S. 1–33.
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas*, Law & economics, 6. Aufl., Boston, Mass. 2012 (zit. *Cooter/Ulen*, L&E 2012).
- Debreu, Gerard*, Theory of value – An axiomatic analysis of economic equilibrium, New Haven [u.a.] 1959.

- , Topological Methods in Cardinal Utility Theory, in: Arrow, Kenneth Joseph (Hrsg.), *Mathematical methods in the social sciences, 1959 – Proceedings of the First Stanford Symposium*, Stanford, Calif. 1960, S. 16–26 (zit. *ders.*, Arrow 1960).
- Deckert, Martina Renate*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995 (zit. *Deckert*, Folgenorientierung).
- Demsetz, Harold*, Information and Efficiency: Another Viewpoint, *J. Law Econ.* 12 (1969), S. 1–22.
- , The Problem of Social Cost: What Problem? – A Critique of the Reasoning of A.C. Pigou and R.H. Coase, *Rev. Law Econ.* 7 (2011), S. 1–13.
- Descartes, René/Fischer, Kuno*, Abhandlung über die Methode des richtigen Vernunftgebrauchs und der wissenschaftlichen Wahrheitsforschung, Stuttgart 1990 (zit. *Descartes/Fischer*, Abhandlung über die Methode 1637).
- Deutsch, Erwin*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt – Eine privatrechtliche Untersuchung, 2. Aufl., Köln 1995 (zit. *Deutsch*, Fahrlässigkeit).
- , Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1996 (zit. *Deutsch*, AllgHaftungsR).
- , Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, *AcP* 202 (2002), S. 889–911.
- Diederichsen, Uwe*, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik – [Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999]*, Heidelberg 1999, S. 65–78 (zit. *Diederichsen*, Privatrechtsdogmatik).
- Dreier, Ralf* (Hrsg.), *Recht, Moral, Ideologie*, Frankfurt am Main 1981.
- , Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, in: *ders.* (Hrsg.), *Recht, Moral, Ideologie*, Frankfurt am Main 1981 (zit. *ders.*, RMI 1981).
- , Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in: *ders.* (Hrsg.), *Recht, Moral, Ideologie*, Frankfurt am Main 1981, S. 48–69 (zit. *ders.*, RMI 1981).
- Dworkin, Ronald*, *Taking rights seriously*, Cambridge Mass. (zit. *Dworkin*, Rights).
- , A matter of principle, Cambridge, Mass. 1985 (zit. *Dworkin*, Principle).
- Dworkin, Ronald M.*, Is Wealth a Value?, *J. Legal Stud.* 9 (1980), S. 191–226.
- Dwyer, Gerald P./Lindsay, Cotton M.*, Robert Giffen and the Irish Potato, *Am. Econ. Rev.* 74 (1984), S. 188–192.
- Eggertsson, Þráinn*, *Economic behavior and institutions*, Cambridge u.a. 1994 (zit. *Eggertsson*, Eggertsson 1994).
- Eidenmüller, Horst*, *Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse*, *AcP* 197 (1997), S. 80–135.
- , Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, *JZ* 54 (1999), S. 53–61.
- , Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015 (zit. *Eidenmüller*, EaR 2015).
- Endres, Alfred*, Die Coase-Kontroverse, *JITE* 133 (1977), S. 637–651.
- Engisch, Karl/Würtenberger, Thomas*, *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl., Stuttgart 2010 (zit. *Engisch/Würtenberger*, Engisch et al. 2010).
- Engländer, Armin*, Diskurs als Rechtsquelle? – Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002 (zit. *Engländer*, Rechtsquelle).
- Esser, Josef*, *Methodik des Zivilrechts*, in: *ders.* (Hrsg.), *Methoden der Rechtswissenschaft*, München, Wien 1972, S. 3–37 (zit. *Esser*, Methodik).
- , Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, *AcP* 172 (1972), S. 97–130.
- , Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, *Kronberg/Ts.* 1972 (zit. *Esser*, VuMR 1972).
- Faust, Florian*, Reichweite des Anspruchs auf Ersatzlieferung, *JuS* 2011, S. 745–748.

- Feldman, Allan M./Serrano, Roberto*, Welfare economics and social choice theory, New York, NY [u.a.] 2010 (zit. *Feldman/Serrano*, Welfare Economics).
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 41 (1986), S. 817–824.
- , Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 43 (1988), S. 223–228.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992 (zit. *Flume*, BGB AT 1992).
- Förster, Christian*, Die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzlieferung in den sog. „Einbaufällen“ – zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – Rs C-65/09, C-87/09, ZIP 2011, S. 1493–1501.
- Forsythe, Robert/Horowitz, Joel L./Savin, N. E./Sefton, Martin*, Fairness in Simple Bargaining Experiments, Gam. Econ. Behav. 6 (1994), S. 347–369.
- Friedman, Milton* (Hrsg.), Essays in positive economics, 5. Aufl., Chicago 1966.
- , The Methodology of Positive Economics, in: ders. (Hrsg.), Essays in positive economics, 5. Aufl., Chicago 1966, S. 3–43.
- , Price theory, New Brunswick, NJ [u.a.] 2007 (zit. *Friedman*, Price Theory 2007).
- Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen (zit. *Gadamer*, WuM).
- Gelter, Martin/Grechenig, Kristoffel*, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 15 (2007), S. 30–41.
- Grechenig, Kristoffel/Gelter, Martin*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, RabelsZ 72 (2008), S. 513–561.
- Grosskopf, Brit*, Reinforcement and Directional Learning in the Ultimatum Game with Responder Competition, Exp. Econ. 6 (2003), S. 141–158.
- Güth, Werner/Schmittberger, Rolf/Schwarze, Bernd*, An experimental analysis of ultimatum bargaining, J. Econ. Beh. Org. 3 (1982), S. 367–388.
- Hahnel, Robin/Sheeran, Kristen A.*, Misinterpreting the Coase Theorem, J. Econ. Issues 43 (2009), S. 215–237.
- Gursky, Karl-Heinz/Althammer, Christoph/Roth, Herberth* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 3, Sachenrecht ; §§ 903 - 924 (Eigentum I - Privates Nachbarrecht), Berlin 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Gursky/Althammer/Roth (Hrsg.), Althammer et al. 2016).
- Hart, H. L. A.*, The concept of law – With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, 2. Aufl., Oxford 1994 (zit. *Hart*, Concept).
- Hassemer, Winfried*, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (1986), S. 195–212.
- , Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik: Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof, Gregor (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 3–16.
- Herberger, Maximilian*, Dogmatik – Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1981 (zit. *Herberger*, Dogmatik 1981).
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus/Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael* (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB – Band 2 - Schuldrecht, 8. Aufl., Saarbrücken 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Junker/Beckmann (Hrsg.), Herberger et al. 2017).
- Hicks, J. R./Allen, R. G. D.*, A Reconsideration of the Theory of Value. Part I, Economica I (1934), S. 52–76.

- Hilgendorf, Eric*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, JZ 65 (2010), S. 913–922.
- Hoerster, Norbert*, Was ist Recht? – Grundfragen der Rechtsphilosophie, München 2006 (zit. *Hoerster*, WiR).
- , Was können wir wissen? – Philosophische Grundfragen, München 2010 (zit. *Hoerster*, Was wissen 2010).
- , Wie lässt sich Moral begründen?, München 2014 (zit. *Hoerster*, Moral begründen).
- Hoffman, Elizabeth/McCabe, Kevin/Smith, Vernon L.*, Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games, Am. Econ. Rev. 86 (1996), S. 653–660.
- Holderness, Clifford G.*, The Assignment of Rights, Entry Effects, and the Allocation of Resources, J. Legal Stud. 18 (1989), S. 181–189.
- Horn, Norbert*, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. — Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der ‚Economic Analysis of Law‘, AcP 176 (1976), S. 307–333.
- Houthakker, H. S.*, Revealed Preference and the Utility Function, Economica 17 (1950), S. 159–174.
- Hume, David*, A Treatise of Human Nature – reprinted from the Original Edition in three volumes and edited, with an analytical index, by L.A. Selby-Bigge, M.A. 1896 (zit. *Hume*, Hume 1896).
- Jaensch, Michael*, Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2012, S. 1025–1030.
- Jansen, Nils*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/neue-beitraege/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht> (geprüft am 2017/3/20).
- , Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003 (zit. *Jansen*, Haftungsrecht).
- Jestaedt, Matthias*, Wissenschaftliches Recht - Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Kirchhof, Gregor (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117–138.
- Kähler, Lorenz*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012 (zit. *Kähler*, Kähler 2012).
- Kahneman, Daniel*, Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics, Am. Econ. Rev. 93 (2003), S. 1449–1475.
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H.*, Fairness and the Assumptions of Economics, J. Bus. 59 (1986), S. 285–300.
- , Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, J. Pol. Econ. 98 (1990), S. 1325–1348.
- Kaiser, Dagmar*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, JZ 66 (2011), S. 978–988.
- , Gesetzgeber gefordert – Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers, JZ 68 (2013), S. 346–350.
- Kaplow, Louis*, Private versus Social Costs in Bringing Suit, J. Legal Stud. 15 (1986), S. 371–385.
- Kaufmann, Arthur*, Analogie und Natur der Sache – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl., Heidelberg 1982 (zit. *Kaufmann*, Analogie).
- , Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft: Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, ARSP 72 (1986), S. 425–442.
- , Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997 (zit. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie).

- Kelsen, Hans*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode – Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien 1911 (zit. *Kelsen*, Kelsen 1911).
- , *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1992 (zit. *Kelsen*, Rechtslehre).
- Kessler, Daniel P./Rubinfeld, Daniel L.*, Empirical Study of the Civil Justice System, in: Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven (Hrsg.), *Handbook of law and economics*. Volume 1, Amsterdam, London 2007, S. 343–402 (zit. *Kessler/Rubinfeld*, Polinsky et al. 2007).
- Kirchgässner, Gebhard*, Die neue Welt der Ökonomie, *Analyse & Kritik* 10 (1988), S. 107–137.
- , *Homo oeconomicus – Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, Tübingen 1991 (zit. *Kirchgässner*, HO 1991).
- , The Weak Rationality Principle in Economics, *Swiss Society of Economics and Statistics* 149 (2013), S. 1–26.
- Kirchmann, Julius H. von*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft – Ein Vortrag, gehalten 1848 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Darmstadt 1956 (zit. *Kirchmann*, Wertlosigkeit).
- Kirchner, Christian*, The difficult reception of law and economics in Germany, *Int'l Rev. L. & Econ* 11 (1991), S. 277–292.
- , Die ökonomische Theorie, in: Riesenhuber, Karl/Ackermann, Thomas (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin [u.a.] 2010, S. 132–158 (zit. *ders.*, Europäische Methodenlehre).
- Kirchner, Christian/Koch, Stefan*, Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 112–133.
- Kitch, Edmund W.*, The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932–1970, *J. Law Econ.* 26 (1983), S. 163–234.
- Klass, Gregory/Zeiler, Kathryn*, Against Endowment Theory: Experimental Economics and Legal Scholarship [article], *UCLA L. Rev.* 61 (2013), S. 2–64.
- Klatt, Matthias*, *Theorie der Wortlautgrenze – Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004 (zit. *Klatt*, Wortlautgrenze).
- Klöhn, Lars*, Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, *AcP* 210 (2010), S. 804–856.
- Herrler, Sebastian* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 90–124; 130–133* 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Herrler (Hrsg.), Klumpp et al. 2017).
- Koch, Hans-Joachim*, Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Behrends, Okko (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen 1990, S. 69–94 (zit. *Koch*, FS Wieacker).
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, *Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982 (zit. *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre).
- Köhler, Helmut*, Grundstücksschenkung an Minderjährige — ein „lediglich rechtlicher Vorteil“?, *JZ* 38 (1983), S. 225–230.
- , *BGB, Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch*, 40. Aufl., München 2016 (zit. *Köhler*, BGB AT).
- Kötz, Hein*, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, *JuS* 2013, S. 289–296.
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard*, *Deliktsrecht*, 13. Aufl. (zit. *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht).

- Koziol, Helmut*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, AcP 196 (1996), S. 593–610.
- Kraft, Viktor*, Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, Vienna 1951 (zit. *Kraft*, GwW).
- Kuhn, Thomas S.*, Logik der Forschung oder Psychologie der wissenschaftlichen Arbeit?, in: Lakatos, Imre/Musgrave, Alan (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt – Abhandlungen des Internationalen Kolloquiums über die Philosophie der Wissenschaft London 1965 Band 4, Wiesbaden 1974, S. 1–24 (zit. *Kuhn*, Lakatos et al. 1974).
- , The structure of scientific revolutions, Chicago [u.a.] 1996 (zit. *Kuhn*, Scientific Revolutions 1996).
- Künzler, Adrian*, The Jurisprudence of Welfare Maximization – Embracing Complexity and Uncertainty in the Environmental, Health and Safety Context, ARSP 98 (2012), S. 1–18.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin [u.a.] 1991 (zit. *Larenz*, MdR 1991).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts – Band II Halbband 2 Besonderer Teil, 13. Aufl. (1994) (zit. *Larenz/Canaris*, SchuldR II 2).
- Lemos, Noah Marcelino*, An introduction to the theory of knowledge, Cambridge, UK/New York 2007.
- Leuschner, Lars*, Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB, AcP 205 (2005), S. 205–245.
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2016 (zit. *Looschelders*, SchuldR AT).
- Lorenz, Stephan*, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, S. 1633–1637.
- , Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, S. 2241–2245.
- , Aus- und Wiedereinbaukosten bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung zwischen Unternehmern – Zu den Grenzen „richtlinienorientierter“ Auslegung, NJW 2013, S. 207–209.
- Löwisch, Manfred* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Löwisch (Hrsg.), Bittner et al. 2014).
- Luhmann, Niklas*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974 (zit. *Luhmann*, RuR 1974).
- Macfee, R. Preston/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H.*, Do Sunk Costs Matter?, Econ. Inq. 48 (2010), S. 323–336.
- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit? – Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Berlin 2009 (zit. *Mathis*, EsG 2009).
- McFadden, Daniel*, The measurement of urban travel demand, J. Pub. Econ. 3 (1974), S. 303–328.
- McFadden, Daniel/Talvitie, Antti*, Demand Model Estimation and Validation 1977 (zit. *McFadden/Talvitie*, McFadden et al. 1977).
- Medema, Steven G./Zerber, Richard O.*, The Coase Theorem, in: Bouckaert, Boudewijn/Geest, Gerrit de (Hrsg.), The history and methodology of law and economics, 2000, S. 836–892 (zit. *Medema/Zerber*, Methodology).

- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II – Besonderer Teil ; ein Studienbuch, 17. Aufl., München 2014 (zit. *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT).
- , Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2015 (zit. *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT).
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016 (zit. *Medicus/Petersen*, BGB AT).
- Merrill, Thomas W./Smith, Henry E.*, What Happened to Property in Law and Economics?, Yale L. J. 111 (2001), S. 357–398.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, 10. Aufl. 2009 (zit. *Müller/Christensen*, 2009).
- Looschelders, Dirk/Olzen, Dirk/Schiemann, Gottfried* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Looschelders/Olzen/Schiemann (Hrsg.), Looschelders et al. 2015).
- Neumann, Ulfried*, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986 (zit. *Neumann*, Argumentationslehre).
- , Wahrheit im Recht – Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform ; Vortrag gehalten am 15. Mai 2003, Baden-Baden 2004 (zit. *Neumann*, Wahrheit).
- (Hrsg.), Recht als Struktur und Argumentation – Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2008.
- , Rechtswissenschaft als säkulare Theologie – Anmerkungen zu einem wissenschaftlichen Topos des kritischen Rationalismus, in: ders. (Hrsg.), Recht als Struktur und Argumentation – Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2008, S. 318–333 (zit. *ders.*, Neumann 2008).
- North, Douglass C.*, Institutions, institutional change and economic performance, Cambridge u.a. 1991 (zit. *North*, Institutions).
- Olson, Mancur*, The logic of collective action – Public goods and the theory of groups, Cambridge, Mass. [u.a.] 1994 (zit. *Olson*, Collective Action 1994).
- Ott, Claus*, Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts 23.–26. März 1988, Berlin Heidelberg, S. 25–45 (zit. *Ott*, Allokationseffizienz 1989).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6 – Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Aufl. 2017 (zit. *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd*, Die ökonomische Analyse des Rechts — Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 43 (1988), S. 213–223.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes ; ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1999 (zit. *Pawlowski*, Methodenlehre).
- Pies, Ingo*, Normative Institutionenökonomik – Zur Rationalisierung des politischen Liberalismus, Tübingen 1993 (zit. *Pies*, NIÖ 1993).
- Popper, Karl R.*, Die Normalwissenschaft und ihre Gefahren, in: Lakatos, Imre/Musgrave, Alan (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt – Abhandlungen des Internationalen Kolloquiums über die Philosophie der Wissenschaft London 1965 Band 4, Wiesbaden 1974, S. 51–58 (zit. *Popper*, Lakatos et al. 1974).
- , Die Logik der Sozialwissenschaften, in: Adorno, Theodor W. (Hrsg.), Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, München 1993, S. 103–124 (zit. *ders.*, Positivismusstreit).

- , Objektive Erkenntnis – Ein evolutionärer Entwurf, 2. Aufl., Hamburg 1993 (zit. *Popper*, OE 1993).
- , The myth of the framework – In defence of science and rationality, London/New York 1996 (zit. *Popper*, Framework).
- , Das Elend des Historizismus – Gesammelte Werke in deutscher Sprache, Tübingen 2003 (zit. *Popper*, EdH 2003).
- , Logik der Forschung – Gesammelte Werke in deutscher Sprache, Tübingen 2005 (zit. *Popper*, LdF 2005).
- , Vermutungen und Widerlegungen – Gesammelte Werke in deutscher Sprache / das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis, Tübingen 2009 (zit. *Popper*, VuW 2009).
- , Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie – Aufgrund von Manuskripten aus den Jahren 1930 - 1933, 3. Aufl., Tübingen 2010 (zit. *Popper*, Grundprobleme 2010).
- Posner, Richard A.*, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, J. Legal Stud. 8 (1979), S. 103–140.
- , The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman, J. Legal Stud. 9 (1980), S. 243–252.
- , The economics of justice, Cambridge Mass. 1981 (zit. *Posner*, Posner 1981).
- , Wealth maximization revisited, Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y 2 (1985), S. 85–105.
- , Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, Stan. L. Rev. 50 (1998), S. 1551–1575.
- , Economic analysis of law, New York, NY 2007 (zit. *Posner*, EaL 2007).
- Radbruch, Gustav*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), S. 105–108.
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik Grundtvig*, Neue Institutionenökonomik – Eine Einführung und kritische Würdigung, 4. Aufl., Tübingen 2010 (zit. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik).
- Robbins, Lionel Robbins*, An essay on the nature & significance of economic science, London 1932 (zit. *Robbins*, Economic Science).
- Rosen, Frederick*, Classical utilitarianism from Hume to Mill, London (zit. *Rosen*, Utilitarianism).
- Roth, Alvin E./Prasnikar, Vesna/Okuno-Fujiwara, Masahiro/Zamir, Shmuel*, Bargaining and Market Behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An Experimental Study, Am. Econ. Rev. 81 (1991), S. 1068–1095.
- Rüßmann, Helmut*, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Behrends, Okko (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 35–56 (zit. *Rüßmann*, FS Wieacker).
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Alex*, Rechtstheorie – Mit juristischer Methodenlehre, München 2015 (zit. *Rüthers/Fischer/Birk*, RT 2015).
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Säcker (Hrsg.), Armbrüster 2015).
- Samuelson, P. A.*, A Note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour, Economica 5 (1938), S. 61–71.
- Schäfer, Hans-Bernd*, Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts

23. März 1988, Berlin Heidelberg, S. 1–24 (zit. *Schäfer*, Allokationseffizienz 1989).
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin [u.a.] 2012 (zit. *Schäfer/Ott*, LöAZ 2012).
- Schmoeckel, Mathias* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB – Band I Allgemeiner Teil §§ 1-240 2003 (zit. *Bearbeiter*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Bär 2003).
- Schroeter, Ulrich G.*, Untersuchungspflicht und Vertretenmüssen des Händlers bei der Lieferung sachmangelhafter Ware, JZ 65 (2010), S. 495–499.
- Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel*, Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt am Main 2011 (zit. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie 2011).
- Scitovsky, T. de*, A Note on Welfare Propositions in Economics, Rev. of Econ. Stud. 9 (1941), S. 77–88.
- Sen, Amartya*, Collective choice and social welfare, Amsterdam [u.a.] 1995 (zit. *Sen*, Sen 1995).
- , Why Exactly is Commitment Important For Rationality?, Economics and Philosophy 21 (2005), S. 5–14.
- Shavell, Steven*, Strict Liability versus Negligence, J. Legal Stud. 9 (1980), S. 1–25.
- , The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System, J. Legal Stud. 11 (1982), S. 333–339.
- , The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System, J. Legal Stud. 26 (1997), S. 575–612.
- , Foundations of economic analysis of law, Cambridge, Mass. [u.a.] 2004 (zit. *Shavell*, FeaL 2004).
- , Liability for Accidents, in: Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven (Hrsg.), Handbook of law and economics. Volume 1, Amsterdam, London 2007, S. 139–182 (zit. *ders.*, Polinsky et al. 2007).
- Siemer, John Philipp*, Das Coase-Theorem – Inhalt Aussagewert und Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts, Münster 1999 (zit. *Siemer*, Das Coase-Theorem).
- Simon, Herbert A.*, A Behavioral Model of Rational Choice, Q. J. Econ. 69 (1955), S. 99–118.
- , Rationality in Psychology and Economics, J. Bus. 59 (1986), S. 209–224.
- Smith, Adam*, An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, Petersfield 2007 (zit. *Smith*, The Wealth of Nations 2007).
- Smith, Vernon L.*, Rationality in economics – Constructivist and ecological forms, Cambridge 2007 (zit. *Smith*, Rationality 2007).
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 12 Schuldrecht 10 §§ 823-853 ProfHG UmweltHG, 13. Aufl. 2005 (zit. *Bearbeiter*, in: Spickhoff (Hrsg.), Spickhoff 2005).
- Starck, Christian*, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 27 (1972), S. 609–614.
- Staten, Michael/Umbeck, John*, Economic Inefficiency: A Failure of Economists, J. Econ. Educ. 20 (1989), S. 57–72.
- Stavins, Robert N.*, Transaction Costs and Tradeable Permits, J. Environ. Econ. Manag 29 (1995), S. 133–148.
- Steup/Matthias*, Epistemology, <http://plato.stanford.edu/entries/epistemology/index.html#note-3> (geprüft am 2016/6/19).
- Stigler, George J.*, Notes on the History of the Giffen Paradox, J. Pol. Econ. 55 (1947), S. 152–156.
- , The Development of Utility Theory. I, J. Pol. Econ. 58 (1950), S. 307–327.

- , The Development of Utility Theory. II, *J. Pol. Econ.* 58 (1950), S. 373–396.
- Stigler, George J./Becker, Gary S.*, De Gustibus Non Est Disputandum, *Am. Econ. Rev.* 67 (1977), S. 76–90.
- Stoll, Hans*, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, *AcP* 162 (1963), S. 203–236.
- Strotz, Robert H.*, Cardinal Utility, *Am. Econ. Rev.* 43 (1953), S. 384–397.
- Stürner, Rolf*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, *JZ* 67 (2012), S. 10–24.
- Westermann, Harm Peter* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3: Schuldrecht - Besonderer Teil I §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Westermann (Hrsg.), Berger 2016).
- Westermann, Harm Peter/Maier-Reimer, Georg/Grunewald, Barbara* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Westermann/Maier-Reimer/Grunewald (Hrsg.), 2014).
- Stürner, Rolf/Berger, Christian* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO : Kommentar, Hrsg.: Jauernig, Othmar, 16. Aufl., München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Stürner/Berger (Hrsg.), Stürner et al. 2015).
- Sunstein, Cass R.*, Switching the Default Rule, *N.Y.U. L. Rev.* 77 (2002), S. 106–1845.
- Taupitz, Jochen*, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, *AcP* 196 (1996), S. 114–167.
- Thaler, Richard*, Toward a positive theory of consumer choice, *J. Econ. Beh. Org.* 1 (1980), S. 39–60.
- Thomas, Ayanna K./Millar, Peter R.*, Reducing the framing effect in older and younger adults by encouraging analytic processing, *The journals of gerontology. Series B, Psychological sciences and social sciences* 67 (2012), S. 139–149.
- Towfigh, Emanuel V.*, Das ökonomische Paradigma, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen*, Tübingen 2010, S. 23–34 (zit. *Towfigh*, *ÖMiR* 2010).
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel*, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 211 (1981), S. 453–458.
- Usher, Dan*, The Coase theorem is tautological, incoherent or wrong, *Econ. Lett.* 61 (1998), S. 3–11.
- Varian, Hal R.*, The Nonparametric Approach to Demand Analysis, *Econometrica* 50 (1982), S. 945–973.
- , Revealed Preference, in: Szenberg, Michael (Hrsg.), *Samuelsonian economics and the twenty-first century*, Oxford [u.a.] 2006, S. 99–115 (zit. *ders.*, *Samuelsonian Economics*).
- , *Grundzüge der Mikroökonomik*, München 2011 (zit. *Varian*, *Mikroökonomik*).
- Wagner, Gerhard*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht — Anmaßung oder legitime Aufgabe, *AcP* 206 (2006), S. 352–476.
- , Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe, *ZGR* 45 (2016).
- Waldhoff, Christian*, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof, Gregor (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen 2012, S. 17–38.
- Watzenberg, Anja*, Der homo oeconomicus und seine Vorurteile – Eine Analyse des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, Berlin 2014 (zit. *Watzenberg*, *Watzenberg* 2014).

- Wehrt, Klaus*, Das ökonomische Vertragsmodell: Theorie und Anwendung, KritV 75 (1992), S. 358–373.
- Weller, Matthias*, Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellerfehler, NJW 2012, S. 2312–2317.
- Wieacker, Franz*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Bubner, Rüdiger/Cramer, Konrad/Wiehl, Reiner (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik – [Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag], Tübingen 1970, S. 311–336 (zit. *Wieacker*, FS Gadamer).
- Williamson, Oliver E.*, The economic institutions of capitalism – Firms markets relational contracting, 10. Aufl., New York 1985 (zit. *Williamson*, Capitalism).
- , The mechanisms of governance, New York, NY 1999 (zit. *Williamson*, Governance).
- Witt, Carl-Heinz*, Ausund Einbaukosten in der Sachmängelhaftung bei einem Kaufvertrag zwischen Unternehmern – Verschuldenszurechnung beim Kaufund Werklieferungsvertrag, NJW 2014, S. 2156–2158.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg/Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012 (zit. *Wolf/Neuner/Larenz*, BGB AT).
- Zeiler, Kathryn*, Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?, Am. Econ. Rev. 97 (2007), S. 1449–1466.
- Zerbe, Richard O.*, Economic efficiency in law and economics, Cheltenham 2001 (zit. *Zerbe*, Zerbe 2001).
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012 (zit. *Zippelius*, Methodenlehre).